

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO

**O CONTROLE JUDICIAL DE AÇÕES AFIRMATIVAS PELA
AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

TIAGO DO CARMO MARTINS

Itajaí-SC

Julho de 2016

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO

O CONTROLE JUDICIAL DE AÇÕES AFIRMATIVAS PELA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

TIAGO DO CARMO MARTINS

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor ZENILDO BODNAR

Itajaí-SC

Julho de 2016

AGRADECIMENTOS

Este trabalho se deve em muito ao auxílio que recebi do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, seja através da Escola da Magistratura e seu Programa de Estímulo para capacitação de magistrados, seja da Corregedoria-Regional, que me oportunizou a conciliação de tempo entre estudo e trabalho. Registro meu sincero agradecimento.

Ao Professor Doutor Zenildo Bodnar deixo um muito obrigado especial. Sua contribuição, para além da mera orientação acadêmica, trazendo-me lições de vida, permeadas por sua simplicidade e humildade, contrastantes com seu imenso e reconhecido saber jurídico, permitiram-me alcançar o objetivo proposto com segurança e satisfação.

À minha mãe Carmen, minha irmã Luiza e meu avó Aparício, presenças fundamentais em minha trajetória, muito obrigado!

DEDICATÓRIA

Dedico este estudo à minha esposa Camila, cujo apoio e incentivo foram determinantes para que pudesse iniciá-lo e levá-lo a termo; e também aos meus filhos, Mariana e Miguel, compreensivos com minhas ausências motivadas por minha vontade de aperfeiçoamento. Amo vocês!

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, Julho de 2016

TIAGO DO CARMO MARTINS

Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP	Ação Civil Pública
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CNJ	Conselho Nacional da Justiça
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CRFB 1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
LACP	Lei da Ação Civil Pública
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TRF	Tribunal Regional Federal
UNIVALI	Universidade do Vale do Itajaí

ROL DE CATEGORIAS

Ação afirmativa: Instrumento, especial e temporário, que visa ao reequilíbrio das condições de participação na vida em sociedade. Viabiliza juridicamente, pela remoção de obstáculos e criação de oportunidades, acesso a bens, serviços e ensejos de participação social inacessíveis de outra forma a grupos historicamente desfavorecidos econômica, politicamente e socialmente. Opera-se mediante políticas públicas de equalização, afirmação e reconhecimento de direitos, a exemplo do que ocorre com o estabelecimento de cotas para grupos minoritários acessarem o ensino público superior.

Ação civil pública: Sistema integrado de processo coletivo, formado pelas Leis 7.347/85 e 8.078/90, complementado pela Lei 4.717/65, destinado a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Acesso à justiça: Também chamado de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, é garantia constitucional estabelecida no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988 que confere a qualquer interessado a prerrogativa de submeter ao Poder Judiciário requerimento para evitar ou reparar lesão ou ameaça de lesão a direito seu.

Grupo: “Categoria delimitada de pessoas que têm algo em comum, ou que estão numa mesma situação de fato, num âmbito mais restrito que as afetadas por ofensa aos interesses difusos”¹.

Controle Jurisdicional: Sujeição dos atos dos demais Poderes ao escrutínio judicial. Constitui um dos fundamentos do Estado de Direito, pois, como lembra Di Pietro “de nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados”².

Igualdade formal: Igualdade perante a lei, garantidora de tratamento isonômico a todos, inibidora de qualquer discriminação entre quem se encontre em equivalente situação.

¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 78-79.

² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 592.

Igualdade material: Equiparação de todos os homens no gozo e fruição dos direitos e também na sujeição a deveres. Para além de um mero tratamento jurídico igual, impõe “uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida”³. A percepção da igualdade em sentido material demanda uma operação de desigualização, tendente ao tratamento diferenciado daqueles que se encontram em situação diversa. Tal a formulação encontrada em Rui Barbosa⁴, segundo a qual “A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam”.

Impacto desproporcional: discriminação indireta, que decorre de “práticas administrativas, empresariais ou de políticas públicas aparentemente neutras, porém dotadas de grande potencial discriminatório”⁵.

Justiça social: Rejeição simultânea dos atos discriminatórios praticados por indivíduo em detrimento de outro, bem como daqueles que constituem discriminação sistemática de grupos, levando estas a uma condição de subordinação social. “Abrange, portanto, tanto a repressão a atos individualizados quanto a adoção de medidas racialmente conscientes, voltadas para o combate da discriminação institucional”⁶.

Lingering effects: “Efeitos persistentes (psicológicos, culturais e comportamentais) da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar”⁷.

Omissões administrativas: Manifestações do “fenômeno da não aplicação das normas constitucionais normativamente completas”⁸, decorrentes da sonegação de

³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, p. 285.

⁴ BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**: edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, p. 26.

⁵ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 23.

⁶ RIOS, Roger Raupp. **Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro**: reflexões a partir do debate constitucional estadunidense. In *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Vol. 1, Tit. 1. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006, p. 292.

⁷ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 47.

⁸ SILVA, Reinaldo Pereira e. **O controle de constitucionalidade das omissões administrativas por via de ação direta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 885/2009, Jul / 2009, p. 1.

providência executiva concreta determinada pela Constituições ou em normas legais.

Políticas públicas: “Condutas da Administração Pública dirigidas à consecução de programas enumerados em normas constitucionais ou legais”⁹.

Role models: “Indivíduos pertencentes às minorias que ascendem, graças a políticas de ação afirmativa, a postos e funções mais elevados, os quais passam a ser exemplos a serem seguidos em suas comunidades”¹⁰.

⁹ MORAES, Guilherme Peña. **Controle judicial das omissões da administração pública sob a perspectiva do neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público, n. 39, jan./mar. 2011, p. 47.

¹⁰ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 48-49.

SUMÁRIO

RESUMO.....	13
ABSTRACT	14
INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO 1	18
PRINCÍPIO DA IGUALDADE	18
1.1 DIFICULDADES CONCEITUAIS.....	18
1.2 IGUALDADE FORMAL.....	21
1.3 IGUALDADE MATERIAL.....	26
1.4 O DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO	33
1.5 A IGUALDADE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	36
CAPÍTULO 2	40
AÇÃO AFIRMATIVA.....	40
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	40
2.2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS	42
2.3 OBJETIVOS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS.....	46
2.4 CONCEITO DE AÇÃO AFIRMATIVA.....	49
2.5 REQUISITOS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS.....	51
2.6 AÇÕES AFIRMATIVAS NOS ESTADOS UNIDOS: BREVE PANORAMA.....	52
2.7 AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL.....	60
2.7.1 A Constituição de 1988 e as ações afirmativas.....	60
2.7.2 Ações afirmativas no plano infraconstitucional.....	63
2.7.3 A visão do Supremo Tribunal Federal sobre ações afirmativas	67
CAPÍTULO 3	72
OMISSÃO ADMINISTRATIVA EM INSTITUIR AÇÃO AFIRMATIVA E INTERVENÇÃO JUDICIAL PELA VIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA	72
1. OMISSÃO ADMINISTRATIVA E INTERVENÇÃO JUDICIAL.....	72
2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO MECANISMO IDÔNEO À SUPRESSÃO DE OMISSÕES ADMINISTRATIVAS.....	80
3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ASPECTOS PROCESSUAIS.....	86
4. A TUTELA DOS DIREITOS SOCIAIS PELA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	96

5. ASPECTOS FUNDAMENTAIS DAS <i>CLASS ACTION</i>	100
6. A PROMOÇÃO DE AÇÕES AFIRMATIVAS ATRAVÉS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA	106
7. ACP E DEFESA DE GRUPOS – Caso da transgenitalização não contemplada na lista de procedimentos do SUS	110
CONSIDERAÇÕES FINAIS	117
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	123

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa: Direito, Constituição e Jurisdição. Analisa o direito à igualdade, especialmente em sua dimensão material, que tem foco no oferecimento de condições efetivamente iguais aos indivíduos. Destaca o papel da ação afirmativa como instrumento de promoção da real e efetiva equalização, através da redistribuição das oportunidades sociais em favor de grupos menos favorecidos. Aborda, ainda, as consequências da omissão administrativa inconstitucional em não implementar ações afirmativas previstas pelo ordenamento e a função da Ação Civil Pública na correção da ilegal omissão estatal.

Palavras-chave: Igualdade. Ação afirmativa. Controle judicial. Omissão administrativa. Ação Civil Pública.

ABSTRACT

This Dissertation is part of the line of research: Law, Constitution and Jurisdiction. It analyzes the right to equality, especially in its material dimension, which focuses on providing effectively equal conditions to individuals. It highlights the role of affirmative action in order to provide real and effective equalization, through the redistribution of social opportunities in favor of disadvantaged groups. It also addresses also the consequences of unconstitutional administrative omission when the state agencies fail to implement affirmative actions provided in the law, and the function of public civil action in correcting this illegal state failure.

Keywords: Equality. Affirmative action. Judicial control. Administrative omission. Public Civil Action.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI.

O seu objetivo científico é analisar a viabilidade de instituição de programas de ação afirmativa mediante Ação Civil Pública nas hipóteses em que, mesmo ordenadas na Constituição e nas leis, a medida seja omitida pela Administração pública.

Importa investigar neste estudo a correlação das ações afirmativas com a promoção da igualdade, sua constitucionalidade e a possibilidade de correção judicial das eventuais omissões administrativas em dar cumprimento aos preceitos jurídicos que determinam sua adoção.

São objetivos específicos: a) apresentar a definição e contornos do princípio jurídico da igualdade; b) analisar a ação afirmativa como veículo para concretização da igualdade, abordando seus objetivos, fundamentos, conceito e regramento; c) avaliar a possibilidade de correção judicial das omissões administrativas em sede de ação afirmativa, em especial pela via da ação civil pública.

Para consecução dos objetivos propostos, parte-se de um enfoque constitucional dos institutos da igualdade, ação afirmativa e Ação Civil Pública, a fim de avaliar a viabilidade do manejo deste remédio jurídico para correção de omissão administrativa em implementar determinada ação afirmativa.

A justificativa para tal investigação reside em imperativo científico, consistente em desvendar a existência de garantia ao direito à ação afirmativa, quando este venha a eventualmente ser sonegado pela Administração.

Para a pesquisa foram levantadas a(s) seguinte(s) hipótese(s):

a) O direito positivo brasileiro admite operações de desigualização, porquanto o princípio jurídico da igualdade, tomado em sua acepção material, se coaduna com distinções operadas em prol de indivíduos e grupos

historicamente excluídos.

b) Ações afirmativas são mecanismos idôneos para promoção de tais operações de desigualização, na medida em que removem os obstáculos que impedem a plena fruição dos bens da vida pelos indivíduos que pertencem a grupos minoritários.

c) Não é inconstitucional o controle judicial das omissões do poder público, não constituindo óbices o princípio da separação de Poderes, a discricionariedade administrativa nem as regras de controle do orçamento público.

d) A Ação Civil Pública é meio idôneo para realizar tal controle.

Os resultados do trabalho e exame das hipóteses estão expostos na presente Dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no Capítulo 1, com abordagem do princípio jurídico da igualdade, analisado em seus aspectos formal e material, realizando-se, também, breve resgate histórico do tratamento conferido pelas constituições brasileiras ao tema.

O Capítulo 2 trata das ações afirmativas, estudando suas origens, fundamentos filosóficos, objetivos e conceito, cuidando brevemente, ainda, da contextualização de seu uso no direito norte-americano e, finalmente, do tratamento conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro ao instituto.

O Capítulo 3 dedica-se a apurar a constitucionalidade do controle judicial das omissões administrativas e ao estudo da ação civil pública, instrumento reputado pertinente à proteção judicial de direitos de grupos, face à ampla legitimação para a ação conferida pela Lei 7.347/85 e diante da possibilidade de ser manejada em juízo de primeira instância.

Ainda, procede-se à sucinta análise, de modo meramente ilustrativo, sem recurso ao método de direito comparado, do correlato da ACP no direito norte-americano, a *class action*, para, ao final, tratar da viabilidade do uso da Ação Civil Pública para colmatar as omissões administrativas na

implementação de ação afirmativa ordenada pelo sistema jurídico.

Neste ponto, parte-se do regramento conferido pela Lei da ACP para demonstrar dita viabilidade, o que vem, ao final, ilustrado com em caso concreto, qual seja a decisão proferida na Apelação Cível nº. 2001.71.00.026279-9, julgada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que evidencia a funcionalidade da ACP como instrumento à tutela de direitos de grupos.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são sintetizadas as contribuições sobre a constitucionalidade da instituição de programas de ação afirmativa por intermédio da ação civil pública.

O Método utilizado foi o Indutivo¹¹, tanto na fase de Investigação, quanto na Fase de Tratamento de Dados e igualmente no Relato dos Resultados.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram utilizadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

Nesta Dissertação as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados no texto ou em rodapé quando mencionadas pela primeira vez.

¹¹ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral: este é o denominado **Método Indutivo**” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 91). Destaque em negrito no original.

CAPÍTULO 1

PRINCÍPIO DA IGUALDADE

1.1 DIFICULDADES CONCEITUAIS

As definições do princípio da igualdade não são uníssonas. Embora seja valor intimamente marcado em cada indivíduo, sua conceituação é variável em função de época e das condições sociais e culturais vigentes.

Tome-se o exemplo da questão da igualdade de raça, tal qual vivenciada nos Estados Unidos. A doutrina conhecida por “separados mas iguais”¹², que vigorou entre 1896 e 1954 teve origem e fim decretados pela Suprema Corte americana, a qual, analisando o mesmo fenômeno – segregação racial – mas em momentos temporais distintos, chegou a conclusões dissonantes sobre a mesma controvérsia.

É de se pontuar que, muito embora a doutrina tenha sido construída a partir de atos normativos de estados do sul do país, foi a chancela conferida pela Suprema Corte em *Plessy v. Ferguson*¹³, julgado em 1896, que a cristalizou, entendendo o Tribunal na ocasião que a cláusula da igualdade não estava sendo violada, seja porque a Décima Terceira Emenda (que veda a escravidão) não se fazia implicada; seja porque a Décima Quarta Emenda (cláusula da igual proteção) também não estava sendo afetada, já que a norma impugnada não representava o reconhecimento da inferioridade de uma raça em relação a outra, mas apenas o mero exercício do poder de polícia estatal.

Contudo, seis décadas depois a mesma Corte atribuiu conotação negativa e negou constitucionalidade a doutrina “separados mas iguais”.

Ao analisar quatro processos de estudantes negros que pleiteavam acesso a determinadas instituições de ensino, sem as restrições da

¹² “Segundo essa doutrina, a segregação racial seria admitida na prestação de serviços ou como critério genérico de tratamento, desde que os aludidos tratamentos ou serviços fossem ofertados, dentro de um mesmo padrão, para todas as raças. Em outras palavras, o que não se permitia é que a segregação servisse de pretexto para se excluir uma ou mais raças de algum serviço ou direito assegurado às demais” (MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito americano**. São Paulo: RT, 2001, p. 74).

¹³ O caso tratava do estabelecimento, por lei do estado da Lousiana, de espaços separados em trens para passageiros brancos e negros (MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito americano**, p. 75).

segregação racial, considerou que, consoante voto do relator, Juiz Warren, não era possível “atrasar o relógio para 1868 quando a [Décima Quarta] Emenda foi adotada, ou mesmo para 1896 quando [a decisão de] *Plessy v. Ferguson* foi escrita”. Concluiu o julgado assentando que, “no campo da educação pública a doutrina separados mas iguais não tem lugar”, uma vez que “instalações educacionais separadas são intrinsecamente desiguais”¹⁴.

No Brasil também se pode verificar a mesma oscilação na definição do mesmo instituto. Veja-se, a este respeito, a controvérsia atual sobre os contornos do instituto “entidade familiar” e seus reflexos na admissibilidade de união de pessoas do mesmo gênero.

A Constituição Federal, na expressa dicção de seu artigo 226, conquanto não expresse um conceito uníssono de família, autoriza inferir, pelo constante em seus parágrafos 3º¹⁵ e 5º¹⁶, que reconhece como entidade familiar apenas a união heterossexual.

No plano infraconstitucional, esta a tradição então vigente, como exemplificam os artigos 1514 (“O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal”) e 1723 (“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher”), ambos do Código Civil de 2002.

Isto sem mencionar a figura típica do art. 235, do Código Penal Militar (crime de pederastia).

No entanto, a par deste arcabouço legislativo negando, em princípio, o reconhecimento de iguais efeitos para uniões formadas por pessoas do mesmo gênero, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 132-RJ e da ADI nº 4.277-DF, trilhou inversa direção.

Estabeleceu o STF que a família representa “coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares

¹⁴ MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (*affirmative action*) no direito americano**, p. 84-85.

¹⁵ “[...] é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar [...]”.

¹⁶ “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

homoafetivos”. Foi ainda mais explícita, afirmando que “A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo”¹⁷.

A partir dessa revolucionária decisão, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 175, de 14/05/2013, que veda “às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”.

Com efeito, a concepção acerca da igualdade de direitos entre casais hetero e homossexuais cunhada no referido julgamento e que veio a se tornar norma geral, por ato do Conselho Nacional de Justiça, se constituiu numa guinada vertical acerca da compreensão da ordem jurídica brasileira em sede de igualdade.

Bem por isto, ou seja, face à mutabilidade do significado do princípio da igualdade ao longo do tempo, é comum que se encontre na doutrina abordagens do tema sem uma prévia definição do significado de igualdade.

É possível que isto se deva a uma opção consciente, não apenas doutrinária, mas até mesmo de técnica legislativa, tendente a permitir que o conceito esteja aberto às adaptações que as transformações culturais, econômicas e comportamentais impõem a determinada sociedade. Neste sentido é o magistério de Mariana Barbosa Cirne¹⁸:

Os princípios fundamentais (classicamente pensados como liberdade e igualdade) foram formulados de moda a não terem nenhuma consistência semântica: são vazios de conteúdo. Logo, podem ser vistos das mais diversas formas. Mas isto não é uma crítica aos direitos fundamentais e sim um meio de viabilizar sua função.

Na mesma esteira a preleção de Giancarlo Corsi¹⁹:

O princípio da igualdade, para tomarmos o exemplo mais evidente, é universalmente aceito apenas porque, de fato, não especifica os critérios de sua aplicação; dizendo de

¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 132, Relator Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011.

¹⁸ CIRNE, Mariana Barbosa. **Qual pode ser o papel do direito fundamental à igualdade em uma política de cotas raciais?** Revista Direitos Fundamentais e Justiça. Nº 18. Porto Alegre: jan/mar. 2012, p. 191.

¹⁹ CORSI, Giancarlo. **Sociologia da Constituição**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Trad. Juliana Neuenschwander. Nº 39. Belo Horizonte: jan/jun. 2001, p. 7.

outro modo, porque não oferece nenhum elemento para seu reconhecimento. O reconhecimento da igualdade é deixado para o aparato organizacional e apenas através do procedimento podem ser construídos argumentos para que se decida se as diferenças encontradas são compatíveis como o princípio da igualdade.

Acerca da particularidade nacional, sustenta Luiz Armando Badin²⁰ que “a falta de definição sobre o que devemos entender por igualdade material talvez reflita mais a ausência desse consenso na sociedade brasileira do que uma incoerência na argumentação jurídica”.

Outra explicação possível para este fenômeno se acha no magistério de José Afonso da Silva²¹, que aponta para certa negligência ao postulado da igualdade, se comparado com o valor atribuído historicamente à liberdade, sobretudo em função da repercussão de ambos na esfera econômica:

O direito de igualdade não tem merecido tantos discursos como a liberdade. As discussões, os debates doutrinários e até as lutas em torno desta obnubilam aquela. É que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isto é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa.

Mesmo assim, impende lançar algumas referências sobre os contornos e alcance jurídico da igualdade, de modo a ser possível, na sequência, tratar com mais precisão sobre seu corolário, a ação afirmativa.

1.2 IGUALDADE FORMAL

Com efeito, dentro de uma perspectiva realista, não se pode negar que entre os seres humanos existem desigualdades. Há os mais fortes fisicamente, os mais dotados de capacidade intelectual, os mais afetos às artes

²⁰ BADIN, Luiz Armando. **O princípio da igualdade na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal**. Revista do Advogado. Nº 117. São Paulo: out. 2012, p. 140.

²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malhiers, 2014, p. 213.

e às tarefas de sensibilidade manual, os que são propensos às posições de liderança e comando.

Esta desigualdade natural é salutar, pois enriquecedora da vida e da sociedade. Não se deve, por isto, propugnar “uma igualdade que frustre e desbaste as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural”, como não seria desejável “uma desigualdade tão grande e injusta que impeça o homem de ser digno em sua existência e feliz em seu destino”²².

Rousseau²³ preconiza ser possível distinguir na espécie humana dois tipos de desigualdade:

[...] uma, que chamo de natural ou física, porque é estabelecida pela natureza, e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito, ou da alma; a outra, que se pode chamar de desigualdade moral ou política, porque dependente de uma espécie de convenção, e que é estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens. Consiste esta nos diferentes privilégios de que gozam alguns com prejuízo dos outros, como ser mais ricos, mais honrados, mais poderosos do que os outros, ou mesmo fazerem-se obedecer por eles.

É esta segunda desigualdade que deve ocupar a atenção do direito, a fim de evitar as distorções que firam a dignidade do ser.

Na verdade, o que há de se buscar, consoante a preleção de Carmen Lúcia Antunes Rocha²⁴, “é a igualdade jurídica que embasa a realização de todas as desigualdades humanas”, sem descurar que “as desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único”.

Com efeito, o primeiro passo para o desenvolvimento das potencialidades individuais é a igualdade compreendida em seu aspecto formal, igualdade perante a lei, garantidora de tratamento isonômico a todos.

²² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990, p. 118.

²³ ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Discurso sobre a origem da desigualdade**. Trad. Maria Lacerda de Moura. Versão para eBook. Disponível em: www.ebooksbrasil.org/adobeebook/desigualdade.pdf, p. 38-39. Acesso em: 07 Jul. 2015.

²⁴ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**, p. 118.

Ou, dito de outra forma, inibidora de qualquer discriminação entre quem se encontre em equivalente situação.

Nesta senda, como afirma Marcelo Caetano²⁵, “dizer que a Lei será igual para todos é proclamar sua generalidade”. E prossegue:

A igualdade jurídica dos homens, independentemente das desigualdades naturais que entre eles existam, consiste pois em a todos considerar titulares dos interesses que o Direito deve respeitar e proteger como núcleo da personalidade. Mas abrange o outro sentido, o da *isonomia*, decorrente da generalidade das normas legais (cf. vol. I, nº 110), pois estas devem dispor tendo em vista uma pluralidade indeterminada e indeterminável de fatos a que se refira uma categoria de pessoas definida em função da identidade de situações em que venham a encontrar-se. Casos iguais devem receber tratamento igual²⁶.

É neste contexto que surge positivada a igualdade jurídica na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão²⁷, como negativa dos privilégios fruídos pela nobreza, favorecida em função da condição de nascimento, com a correspondente discriminação em direitos e fruição de bens daqueles que a ela não pertenciam.

A igualdade formal representa, assim, “direito de todo cidadão de não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional”²⁸.

Esta formulação passou a ser recorrente nas Constituições ocidentais, consoante espelha o art. 13, nº 1, da Constituição portuguesa, ao enunciar que:

Nº 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

Nº 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou

²⁵ CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, Vol. II, p. 123.

²⁶ CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 1978, Vol. II, p. 124.

²⁷ “Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”.

²⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 286-287.

ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

Semelhante enunciado foi talhado na Constituição brasileira de 1988, cujo art. 5º assevera que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, lecionando a respeito Ricardo Lewandowski²⁹ que:

o legislador constituinte originário acolheu a ideia – que vem da tradição liberal, especialmente da Declaração do Homem e do Cidadão francesa de 1789 - de que ao Estado não é dado fazer qualquer distinção entre aqueles que se encontram sob seu abrigo.

Esta definição primeira de igualdade, de cunho jurídico positivo, pois com esta acepção originalmente albergada nas constituições modernas, garante:

[...] uma situação de identidade de todos perante as possibilidades e os benefícios que a vida oferece. Era uma igualdade, digamos assim, de ponto de partida, segundo a qual todos teriam, pelo menos em teoria, iguais condições de se diferenciarem, sempre, é óbvio, respeitadas as leis. Mas a fortuna, a educação, a cultura ficavam a mercê de quem tivesse talento suficiente para adquiri-los. Não se via aí qualquer lesão à igualdade³⁰.

Traduz, deste modo, a obrigatoriedade de que o legislador, na elaboração da norma, opere com uniformidade, tratando a todos que se encontrem em idêntica situação, do mesmo modo; sem lhe vedar a prerrogativa de desigualar os desiguais, ou seja, de dar a devida atenção às desigualdades entre grupos, a fim de regular com justiça situações que não podem ser medidas com a mesma régua.

Esta, então, a expressão mínima que se pode extrair da ideia de igualdade, obtida de sua faceta formal, a qual garante a generalidade da norma, a exigir que esta alcance de modo uniforme a todos que pertençam ao segmento por ela visado; do que se infere também a vedação a discriminações injustificáveis, tendo como norte para a validade do *discrímen* as cláusulas previstas na Constituição que inspiram tratamento desigual dos que estejam de fato desiguados.

²⁹ LEWANDOWSKI, Ricardo. Voto proferido na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, p. 4.

³⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, p. 287.

A toda evidência, é da essência da lei operar distinções. E, com o tempo, consolidada esta ideia, o problema deixou de ser a distinção operada, deslocando-se para os critérios estabelecidos para fazê-la, com o que a ordem jurídica passou a criar impedimentos para que a lei estabelecesse diferenciações injustificáveis. Como ensina Celso Ribeiro Bastos³¹:

É este sentido que tem a isonomia no mundo moderno. É vedar que a lei enlace uma consequência a um fato que não justifica tal ligação. É o caso do racismo em que a ordem jurídica passa a perseguir determinada raça minoritária, unicamente por preconceito das classes majoritárias.

Destarte, não há inconstitucionalidade em discriminar situações desiguais, desde que eleito critério de *discrímen* admitido pelo ordenamento jurídico, devidamente embasado na desigualdade fática entre grupos. Haverá, contudo inconstitucionalidade “na falta de correlação lógica entre aquele critério e uma finalidade ou valor encampado quer expressa ou implicitamente no ordenamento jurídico, quer ainda na consciência coletiva”³².

Nesta perspectiva, não parece de todo adequado dar à norma de igualdade inserta no artigo 5º, caput, da Constituição de 1988 acepção que delimite “um quadro de igualdade formal” em que inexista “lugar a qualquer tipo de discriminação positiva, nem obviamente qualquer tipo de discriminação negativa”³³.

É de se frisar que uma compreensão tão estrita da igualdade, tal a que decorreria de uma interpretação literal do art. 5º, da Constituição de 1988, no curso da história, terminou por gerar “desigualdades econômicas, porque fundada numa visão individualista do homem, membro de uma sociedade liberal relativamente homogênea”³⁴.

³¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, p. 288.

³² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, p. 289.

³³ COSTA, José Faria da. **O princípio da igualdade, o Direito Penal e a Constituição**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 100. São Paulo: jan/fev. 2013, p. 239.

³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 216.

Convém lembrar, aqui, no contexto de um verdadeiro Estado republicano inaugurado em 1988, a advertência de Rancière³⁵, no sentido de que *“la palabra república no puede significar simplemente el reino de la ley igual para todos”*³⁶, mas deve se propor a universalizar as oportunidades, a fim de assegurar a todos, sem distinção, os meios e oportunidades mínimos a uma existência digna e livre.

Em suma, é da essência da legislação desigualar juridicamente. Mas isto não é suficiente para traduzir, no plano da realidade, a equalização de fato que uma sociedade democrática busca. Esta tarefa está diretamente relacionada à dimensão material da igualdade, consoante se verá na seqüência.

1.3 IGUALDADE MATERIAL

Conforme se adiantou no início deste capítulo, a definição do significado do princípio jurídico da igualdade é algo mutável e nem sempre delimitável de modo estrito. E em sua acepção material, referida dificuldade conceitual é ainda maior, propositadamente, como também já registrado.

Ainda que seja assim, para os efeitos visados neste trabalho, é mister buscar grau seguro de precisão para o aspecto material da igualdade, a partir do que será possível tratar com maior rigor as categorias que se seguem, sobretudo o tema das ações afirmativas, porquanto são elas tendentes à promoção da igualdade real e efetiva (material).

Desigualdades de fato (físicas, culturais e até criadas por organismos sociais e políticos) são entraves a plena fruição dos bens da vida, obstando a efetiva concretização da igualdade material.

Para reduzir estas desigualdades, regras são formuladas nas constituições, a fim de assegurar direito igual de acesso à instrução, saúde e alimentação, por exemplo.

³⁵ RANCIÈRE, Jaques. **El odio a la democracia**. Trad. Eduardo Pellejero. eBook. Disponível em: [http://www.consensocivico.com.ar/uploads/54346c660d4b7-Ranciere%20Jaques%20-%20El%20Odio%20A%20La%20Democracia\(CC\).PDF](http://www.consensocivico.com.ar/uploads/54346c660d4b7-Ranciere%20Jaques%20-%20El%20Odio%20A%20La%20Democracia(CC).PDF), p. 53. Acesso em: 08 Jul. 2015.

³⁶ A palavra república não pode significar simplesmente o reino da lei igual para todos.

Neste ponto, é de todo pertinente a ponderação feita por Pontes de Miranda, advertindo que, ao contrário do que ocorre com as diferenças naturais entre os homens, é o Direito o instrumento que fez surgir e que garante a desigualdade econômica entre os indivíduos³⁷, de modo que é ele próprio quem detém a força necessária para mitigá-la:

A desigualdade econômica não é, de modo algum, desigualdade de fato, e sim a resultante, em parte, de desigualdades artificiais, ou desigualdades de fato mais desigualdades econômicas mantidas por leis. O direito que em parte as fez, pode amparar e extinguir as desigualdades econômicas que produziu. Exatamente aí é que se passa a grande transformação da época industrial, com a tendência a maior igualdade econômica, que há de começar, como já começou em alguns países, pela atenuação mais ou menos extensa das desigualdades³⁸.

Semelhante preleção vem de Paulo Luiz Netto Lôbo, denunciado que:

[...] apenas nas últimas décadas do Século XX, os juristas começaram a refletir sobre as desigualdades provocadas pelos poderes privados, que estão em completa dissintonia com os fundamentos da pregação humanitária do iluminismo e do individualismo liberal.

E arremata, inferindo que “de um lado, nós tivemos o liberalismo político, assentado na igualdade de todos os cidadãos, mas, do outro lado, as desigualdades dos poderes privados, nas relações civis, consolidadas na igualdade jurídica formal”³⁹.

Refletindo sobre o grau inaceitável de desigualdade experimentado pelas sociedades do mundo ocidental, e colocando nesta causa a

³⁷ Rousseau atribui a origem da desigualdade em direitos a uma ação humana, ao afirmar: “O primeiro que, tendo cercado um terreno se lembrou de dizer: isto é meu, e encontrou pessoas bastantes simples para o acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil” (ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Discurso sobre a origem da desigualdade**, p. 91). Conquanto não se possa negar a autoria humana no estabelecimento das distinções, também não se haverá de negligenciar o fato de que as desigualdades se sustentam, pelo menos de modo mais facilitado, pelo respaldo concedido pelas leis.

³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. São Paulo: RT, 1970, tomo IV, p. 689.

³⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O código civil e o princípio da igualdade**. Brasília: Anais da XVIII Conferência Nacional dos Advogados, 2003. Vol. I, p. 820.

consequência para a crescente discriminação a que a era hodierna se vê submetida, leciona Luigi Ferrajoli⁴⁰:

Hoy el gran desafío que se plantea a la democracia es el generado por la desigualdad, creciente y cada vez más intolerable, entre países ricos y países pobres; entre nuestras opulentas sociedades democráticas y las cuatro quintas partes del mundo que viven en condiciones de miseria; entre nuestro alto nivel de vida y el de millones de seres humanos con hambre. Se trata además de una desigualdad agravada, con la aparente paradoja del reconocimiento y de la garantía de los derechos en nuestras democracias, cuyo efecto es el de hacer que nuestra cultura 'superior' – y la de nuestros derechos y nuestra democracia – se convierta en un factor ulterior de diferencia entre 'nosotros' y los 'otros', entre incluidos e excluidos de nuestras ricas ciudadanías democráticas, o, peor aún, de diferenciación racista de los excluidos como inferiores y, por ello, destinatarios de la exclusión. Y ello porque existe un nexo profundo entre la idea de democracia en un solo país, o sea, sólo en países de Occidente – y en consecuencia de la desigualdad en los derechos -, y el racismo.

Como la paridad de derechos genera un sentido de la igualdad y con él la tolerancia y el respeto del otro como igual, del mismo modo la desigualdad de derechos, sobre todo en sociedades fundadas sobre la igualdad interna, genera la imagen del otro como desigual, es decir, como inferior antropológicamente en cuanto inferior jurídicamente⁴¹.

O antídoto, então, está no próprio meio que garante a desigualdade, o Direito, a ser redefinido em prol da igualdade material.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia**. Madri: Trotta, 2008. Vol. II, p. 37.

⁴¹ O grande desafio que hoje se coloca sobre a democracia é gerado pela desigualdade, crescente e cada vez mais intolerável, entre países ricos e países pobres; entre nossas opulentas sociedades democráticas e os quatro quintos do mundo que vivem em condições de miséria; entre nosso alto nível de vida e os milhões de seres humanos com fome. Se trata, além disso, de uma desigualdade agravada, com o aparente paradoxo do reconhecimento e da garantia dos direitos em nossas democracias, cujo efeito é fazer que nossa cultura 'superior' - e de nossos direitos e nossa democracia - se converta em um fator ulterior de diferença entre 'nós' e 'eles', entre incluídos e excluídos de nossas ricas cidadanias democráticas, ou, pior ainda, de diferenciação racista dos excluídos como inferiores e, por isto, destinatários da exclusão. E isto porque existe um nexo profundo entre a ideia de democracia em um só país, ou seja, somente em países do ocidente, e em consequência da desigualdade nos direitos-, e o racismo.

Como a paridade de direitos gera um sentido de igualdade e com ela a tolerância e o respeito do outro como igual, do mesmo modo a desigualdade de direitos, sobretudo em sociedades fundadas na igualdade interna, gera a imagem do outro como desigual, é dizer, como inferior antropológicamente enquanto inferior juridicamente.

Evidente que só leis não mudam os fatos. Mas sem a base normativa que venha impor este dever, é ilusão pensar que os poderes, sejam públicos ou privados, partilhem conquistas voluntariamente, em prol da universalização dos bens da vida.

Nesta senda, pode-se inferir que igualdade substancial é a que diz com a equiparação de todos os homens no gozo e fruição dos direitos e também na sujeição a deveres.

Ao contrário do que se dá num prisma de igualdade jurídica, “não se trata, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida”⁴².

Com efeito, a percepção da igualdade em sentido material demanda uma operação de desigualização, tendente ao tratamento diferenciado daqueles que se encontram em situação diversa.

Tal a formulação encontrada em Rui Barbosa⁴³, segundo a qual “A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam”.

A Constituição de 1988 não descurou deste norte, como adverte Ricardo Lewandoswki na já citada ADPF nº 186, *verbis*⁴⁴:

[...] buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração – é claro - a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para a desequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais.

A igualdade, vista em seu prisma material, ora impõe a equalização, ora poderá requerer a diferença de tratamento, sempre com vistas ao resultado final de isonomia de fato entre indivíduos, na exata conformação das

⁴² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, p. 285.

⁴³ BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**: edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, p. 26.

⁴⁴ LEWANDOWSKI, Ricardo. Voto proferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, p. 4.

exigências da democracia. Na espécie, assevera Boaventura de Sousa Santos⁴⁵:

[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

A mesma percepção se vê em Ferrajoli⁴⁶, o qual, ao traçar os critérios distintivos dos direitos fundamentais, estabelece como um dos marcos denotativos de fundamentalidade dos direitos o nexó entre direito e igualdade, afirmando que esta:

*[...] es en primer lugar igualdad en los derechos de libertad, que garantizan el igual valor de todas las diferencias personales, e que, en segundo lugar, representa igualdad en los derechos sociales, que garantizan la reducción de las desigualdades económicas e sociales*⁴⁷.

Contudo, em sede de desigualização, sempre tendo em mente a máxima de tratar desigualmente aos desiguais, há de se ter cuidado na identificação da existência de uma efetiva desigualdade que determine o tratamento diferenciado; assim como é mister que este tratamento esteja racionalmente destinado a dar a justa solução ao desequilíbrio existente.

Nesta esteira, apresenta Joaquim Barbosa⁴⁸ preciosos critérios para se proceder a tal operação:

Esta justificação deve ter um conteúdo, baseado na razoabilidade, ou seja, num fundamento razoável para a diferenciação; na racionalidade, no sentido de que a motivação deve ser objetiva, racional e suficiente; e na proporcionalidade, isto é, que a diferenciação seja um reajuste de situações desiguais. Aliado a isto, a legislação infraconstitucional deve respeitar três critérios

⁴⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia**, Vol. II, p. 37.

⁴⁷ é em primeiro lugar igualdade nos direitos de liberdade, que garantem o igual valor de todas as diferenças pessoais, e que, em segundo lugar, representa igualdade nos direitos sociais, que garantem a redução das desigualdades econômicas e sociais.

⁴⁸ BARBOSA, Joaquim. **O Debate Constitucional Sobre as Ações Afirmativas**. Disponível em: <http://arquivo.geledes.org.br/areas-de-atuacao/educacao/cotas-para-negros/16538-o-debate-constitucional-sobre-as-acoes-afirmativas-por-joaquim-barbosa>, p. 24/25. Acesso: em 23 Mar. 2016.

concomitantes para que atenda ao princípio da igualdade material: a diferenciação deve (a) decorrer de um comando-dever constitucional, no sentido de que deve obediência a uma norma programática que determina a redução das desigualdades sociais; (b) ser específica, estabelecendo claramente aquelas situações ou indivíduos que serão “beneficiados” com a diferenciação; e (c) ser eficiente, ou seja, é necessária a existência de um nexo causal entre a prioridade legal concedida e a igualdade socioeconômica pretendida.

É de se registrar, de outro prisma, que a idéia de igualdade material, ela própria, não exprime uma concepção uniforme. Ao contrário, admite percepções distintas, as quais, dependendo da vertente adotada, poderão ensejar níveis de intervenção estatal diversificados para atender ao postulado da igualdade.

Síntese bem lançada de tais concepções é encontrada em trabalho de Luiz Armando Badin⁴⁹, em que, analisando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal produzida acerca do princípio da igualdade, especialmente o julgamento proferido da ADPF 186, cataloga a igualdade material como: a) igualdade de pontos de partida ou possibilidades; b) igualdade de bens e oportunidades; c) inclusão de grupos historicamente marginalizados (justiça distributiva).

Sob o primeiro prisma, da igualdade material como igualdade de pontos de partida ou possibilidades, igualdade material significa a necessidade de que no ponto de partida, por exemplo, a seleção para ingresso no ensino superior, todos estejam em igualdade de condições (ostentem as mesmas possibilidades).

Assim, partindo-se da realidade nacional, na qual o autor identifica uma disparidade na educação básica e média entre brancos e negros, a igualdade material demandaria “igualar as possibilidades iniciais de grupos que partem de linhas de largada diferentes para disputar uma mesma corrida: o ingresso no Ensino Superior”⁵⁰. Tal seria obtido, na hipótese aventada,

⁴⁹ BADIN, Luiz Armando. **O princípio da igualdade na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal**, p. 135/143.

⁵⁰ BADIN, Luiz Armando. **O princípio da igualdade na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal**, 138.

mediante a adoção de ações afirmativas que estabelecessem critérios de admissão menos rígidos aos membros do grupo desfavorecido.

Sob a vertente da igualdade material como igualdade de bens e oportunidades, para além da igualdade no ponto de partida, pressupõe a realocação de bens e oportunidades ao longo do percurso, de forma “dinâmica, para não permitir o surgimento de desigualdades ao longo do caminho”⁵¹.

Logo, conquanto a primeira concepção não veja problemas no surgimento de desigualdades futuras, desde que inexistam a princípio, no ponto de partida, a segunda pressupõe que a intervenção estatal se dê sempre que algum desequilíbrio ocorra, sendo a tarefa equalizadora marcada pelo dinamismo.

Por fim, no que tange à vertente nominada igualdade material como inclusão de grupos historicamente marginalizados, preleciona o autor⁵²:

[...] preocupa-se com a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados. E incluir, como se sabe, não significa necessariamente igualar.

De acordo com essa concepção, uma sociedade materialmente justa até poderia conviver com oportunidades discrepantes para cada um de seus membros e com desigualdades de bens, mas não admitiria a exclusão de pessoas abaixo da linha de pobreza, por carência de condições existenciais mais elementares à subsistência. Idéia de inclusão pressuporia um mínimo de direitos [...], mas que não implica necessariamente a equalização de oportunidades ou a garantia da realocação igualitária de bens e oportunidades.

Deste modo, com base nas considerações acima lançadas, pode-se conceituar⁵³ igualdade como o valor que impõe tratamento equânime a todos

⁵¹ BADIN, Luiz Armando. **O princípio da igualdade na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal**, 138.

⁵² BADIN, Luiz Armando. **O princípio da igualdade na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal**, p. 138/139.

⁵³ O conceito ora proposto visa apenas orientar a metodologia do presente trabalho, sem, contudo, ter a pretensão de encerrar a discussão sobre o tema, especialmente por que, como lembra Mariana Barbosa Cirne: “a discussão sobre o conteúdo fluido da igualdade (o que já aconteceu na criação da idéia de constituição surgida na França e nos Estados Unidos) garante a abertura para um debate atual e futuro sobre a densificação desses direitos. [...] E aqui entra o papel do princípio da igualdade. Na construção de um papel inclusivo na sociedade, que pode sempre ser problematizado e repensado. Em uma conceituação de igualdade que tem se moldado “através dos tempos, às novas realidades sociais”. Ocorre aqui

os indivíduos que compartilhem de uma mesma sociedade, garantido em primeiro plano (formal) tratamento uniforme perante a Lei e o Estado, o que se manifesta na vedação de qualquer discriminação ou privilégio; e, num segundo plano (material), que admite, e até recomenda, certas diferenciações de tratamento, desde que, partindo-se de uma situação de desequilíbrio fático, em que um indivíduo ou grupo de indivíduos se ache em desvantagem em relação a outro indivíduo ou grupo, tal tratamento distinto tenha por finalidade conferir a ambos semelhantes condições de fruição dos bens da vida.

Na aplicação do princípio jurídico da igualdade, porém, é importante ter em mente a advertência de Gustavo Zagrebelsky⁵⁴, no sentido de que *“la interpretación es el acto que relaciona un pasado constitucional asumido como valor y un futuro que se nos ofrece como problema para resolver en la continuidad”*⁵⁵.

E nesta tarefa, o intérprete não pode olvidar que:

[...] las constituciones de nuestro tiempo miran al futuro teniendo firme el pasado, es decir, el patrimonio de experiencia histórico-constitucional que quieren salvaguardar y enriquecer^{56,57}.

A Constituição brasileira de 1988, como se verá na seqüência, mira o futuro, para transformá-lo. Porém, como não se pode prescindir da experiência passada, convém pontuar o tratamento conferido à igualdade pelas Cartas anteriores, não sem antes se completar o exame do significado do princípio da igualdade através do enfoque fornecido pelo direito da antidiscriminação.

1.4 O DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO

Além dos enfoques tradicionais em que se costuma analisar o princípio da igualdade, quais sejam suas perspectivas formal e material, uma

uma “agregação de significados no decorrer da história, fazendo do princípio da igualdade o preceito complexo que ora se apresenta” (CIRNE, Mariana Barbosa. **Qual pode ser o papel do direito fundamental à igualdade em uma política de cotas raciais?**, p. 197/198).

⁵⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Madrid: Trotta, 2005, p. 90-91.

⁵⁵ a interpretação é um ato que relaciona um passado constitucional assumido como valor e um futuro que nos é oferecido como problema a ser resolvido na seqüência.

⁵⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**, Madrid: Trotta, 2005, p. 91.

⁵⁷ as constituições de nosso tempo olham para o futuro tendo firme o passado, é dizer, o patrimônio de experiência histórico-constitucional que querem salvaguardar e enriquecer.

percepção mais abrangente do instituto demanda um olhar sob o prisma do direito da antidiscriminação.

Trata-se, em verdade, de construção doutrinária proveniente dos debates acerca da igualdade travados nos Estados Unidos da América do Norte, entre nós bem captados e sistematizados por Roger Raupp Rios⁵⁸.

A partir do conceito de discriminação⁵⁹, "busca-se a reprovação jurídica das violações do princípio isonômico"⁶⁰, violação que pode se dar por discriminação direta ou indireta.

A primeira modalidade (discriminação direta ou *disparate treatment*) denota a discriminação decorrente de "qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, fundados em origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação proibidas", baseada em ato deliberado e praticado com o "propósito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais"⁶¹.

A discriminação indireta (*disparate impact*), por outro lado, não ostenta o flagrante e deliberado propósito discriminatório, nem decorre de atos concebidos com o intuito de discriminar, mas embora represente prática aparentemente neutra no tratamento de diferentes grupos, acaba por incidir mais duramente sobre um grupo de que sobre os demais, sem justificação idônea para tanto⁶².

Consoante leciona Roger Raupp Rios, "a distinção fundamental entre o *disparate treatment* e o *disparate impact* é a intencionalidade", porquanto no

⁵⁸ RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁵⁹ "qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública" (RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 20).

⁶⁰ RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 19.

⁶¹ RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 89.

⁶² Exemplo de discriminação indireta vem do caso *Griggs x Duck Power, Co.*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou inválido programa de promoção de trabalhadores negros a postos mais elevados na empresa, porque baseado em teste de inteligência, ao invés da usual apresentação de diplomas escolares. Entendeu-se que, embora positiva a motivação, pois visava a promover a igualdade, o meio usado era desproporcional para o grupo de trabalhadores negros, que até a década de 1960 frequentava escolas segregadas e mais deficientes, o que os colocava em desvantagem na realização daqueles testes de inteligência.

primeiro caso é preciso demonstrar a intenção de discriminar, enquanto na segunda categoria "não é necessário comprovar-se qualquer motivação discriminatória para a censura judicial de uma medida aparentemente neutra, que, todavia, tem impacto diferenciado sobre indivíduos ou grupos"⁶³.

A resposta a qualquer desses tratamentos discriminatórios advém dos denominados "tratamentos positivos diferenciados" (dentre os quais se inserem as ações afirmativas), que tem por intenção o restabelecimento da integridade do princípio da igualdade, representando "diferenciações positivas requeridas pelo princípio da igualdade"⁶⁴, e também "mecanismos jurídicos de correção em face de discriminação e instrumentos de prevenção de futuras atitudes discriminatórias"⁶⁵.

Como bem recorda Roger Raupp Rios, o conteúdo jurídico do princípio da igualdade só é captado em plenitude com esta abordagem calcada no direito da antidiscriminação, em especial pelo papel atribuído às ações afirmativas, corretivas que são do tratamento discriminatório, pois⁶⁶:

O princípio da igualdade no direito constitucional brasileiro afirma, por meio de suas dimensões formal e material, a igualdade de direito. Vale dizer, institui um mandamento de igualdade de tratamento entre indivíduos e grupos, a não ser que haja razões suficientes para a instituição de um tratamento diferenciado. Ações afirmativas, todavia, não dizem respeito à instituição de tratamentos iguais ou diferenciados conforme o grau de desigualdade entre os indivíduos considerados. Elas objetivam o combate à discriminação através da instituição de medidas especiais, em face de situações de desvantagem ou exclusão. Elas almejam alterar os efeitos das práticas discriminatórias, especialmente indiretas.

Assim, a igualdade, além da uniformidade de tratamento perante à lei e da necessidade de tratar desigualmente aos desiguais, demanda, "nas

⁶³ RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 119.

⁶⁴ RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 22.

⁶⁵ RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 160.

⁶⁶ RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 193.

sociedades democráticas, o combate da discriminação"⁶⁷, percepção não olvidada pelo Constituinte de 1988, como se verá a seguir.

1.5 A IGUALDADE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A Constituição do império, de 1824, vigente em contexto dominado por uma nobreza brasileira, de base latifundiária e intelectualmente bem instruída, com seus membros tendo estudado nas melhores universidades europeias, sobretudo Coimbra⁶⁸, dispunha que “a Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um” (art. 179, XIII).

Interessante notar que, mesmo sob regime monárquico, a Constituição apregoava a igualdade, em sentido formal, ressaltando a necessidade de generalidade na aplicação da norma, em aparente contradição com os privilégios da nobreza.

Já em 1891, a primeira constituição republicana marca “a derrocada das instituições monárquicas”, pelo que “provocou uma profunda mudança no sistema político-econômico brasileiro”, destacando-se a abolição do trabalho escravo, que deu início a uma fase de trabalho livre, com industrialização crescente e conseqüente enfraquecimento do modelo rural⁶⁹.

Embora também centrasse seu enunciado num prisma de igualdade formal (“Todos são iguaes perante a lei” - Art. 72, § 2º), denotava clara preocupação com o sepultamento do regime nobiliárquico até então vigente, proclamando que:

[...] a Republica não admite privilegios de nascimento, desconhece fóros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerogativas e regalias, bem como os titulos nobiliarchicos e de conselho.

⁶⁷ RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 206.

⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 75.

⁶⁹ FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 51.

A Carta de 1934, “um documento de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo”⁷⁰, enunciava que⁷¹:

Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.

Ao tempo em que seguiu suas predecessoras, colocando em evidência o caráter de generalidade da norma, inovou ao acentuar a intolerância à discriminação, elencando as hipóteses em que esta se mostrava, à época, mais evidente.

Importante notar, ainda, que a carta de 1934 promoveu a igualdade da mulher, no campo da cidadania ativa, ao conceder-lhe direito de voto (art. 52, § 1º).

Já a Constituição de 1937, de aplicabilidade questionável, pois não sujeita à aprovação pelo plebiscito nela previsto, bem como em virtude de Getúlio Vargas ter governado de forma totalitária⁷², sem muito se ater aos preceitos do Texto, limitava-se a declarar a igualdade de todos perante a lei (art. 122, § 1º).

A Carta de 1946, embora considerada por Celso Ribeiro Bastos⁷³ como das melhores da nação, pois além de tecnicamente esmerada, apresentava-se “do ponto de vista ideológico [...] libertária no campo político sem descuidar da abertura para o campo social que foi recuperada da Constituição de 1934”; também se circunscrevia, no que tange ao postulado da igualdade, a repetir a cláusula que a assegurava em aspecto meramente formal (“Todos são iguais perante a lei - art. 141, § 1º).

A Constituição de 1967 sofrera “poderosa influência da Carta Política de 1937, cujas características básicas assimilou”, destacando-se o fato de que

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 84.

⁷¹ Art. 113, § 1º.

⁷² “A bem dizer a verdade, essa Carta Magna nunca foi cumprida. Dissolvidos os órgão do Poder Legislativo, tanto da União como dos Estados-Membros, dominou a vontade despótica do presidente, transformado em caudilho, à maneira do caudilhismo dominante nas Repúblicas latino-americanas” (FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 57).

⁷³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, p. 200.

“reduziu a autonomia individual, permitindo a suspensão de direitos e garantias constitucionais, no que se revela mais autoritária do que as anteriores, salvo a de 1937”⁷⁴.

Com relevo na aplicação geral, sem privilégios, trouxe inovação marcante, consistente no comando dirigido ao legislador ordinário para que estabelecesse sanções aplicáveis aos que cometessem atos de preconceito racial⁷⁵.

Sobressai, ainda, o fato de que referida Constituição instituiu vedação à criação de distinções em função da origem regional:

Art 9º - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado:

I - criar distinções entre brasileiros ou preferências em favor de uns contra outros Estados ou Municípios.

A Emenda promulgada em 1969, na essência uma nova constituição, posto que apenas “serviu como mecanismo de outorga”⁷⁶, reproduziu, em ambos os pontos citados, a mesma redação de dois anos antes.

Em 1988 se inaugura uma nova fase, marcada pelo dinamismo com que se comprometera o Constituinte de então, rompendo com a postura predominantemente estática, fulcrada em mera igualdade formal, constatada nos Textos anteriores.

Este ideal transformador já se faz sentir logo no Preâmbulo⁷⁷, em que se enuncia o ideal de instituir um Estado que assegure “a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”.

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 89.

⁷⁵ “Art. 150, § 1º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei”.

⁷⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 89.

⁷⁷ “Parte integrante da Constituição e tem sua significação política, como uma reprodução altamente clara do conteúdo da Constituição em forma popular” (FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 71).

A vontade constituinte é reforçada pela afirmação de que, dentre os objetivos da República⁷⁸, se inserem os de construir uma sociedade justa e solidária, de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, e, ainda, de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º).

Não faltou, como é da tradição constitucional nacional, a clássica formulação da igualdade perante a lei:

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 propriedade⁷⁹.

Veio esta, no entanto, complementada pelo reconhecimento da igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres (art. 5º, I), que só admite as diferenciações previstas na própria Constituição, como por exemplo, a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei” (art. 7, XX).

Vedou-se, outrossim, o estabelecimento de “diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (art. 7º, XXX), explicitando o desejo de que inexistam distinções não legitimadas por uma razão constitucionalmente justificável.

Além destas cláusulas, denotativas de um ideal que pode ser classificado mesmo de revolucionário, tal o compromisso com a alteração do *status quo*, outras existem que se posicionam no sentido de conferir meios a tais transformações. Por sua ligação direta com o tema das ações afirmativas, serão analisadas no capítulo seguinte.

⁷⁸ “É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana” (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 107-108).

⁷⁹ Art. 5º, *caput*.

CAPÍTULO 2

AÇÃO AFIRMATIVA

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em um contexto de desigualdade social, racial e econômica, faz-se necessária a adoção de providências concretas e positivas tendentes à superação das injustiças verificadas.

A garantia de igualdade perante a lei (formal) não se mostra suficiente para promoção da igualdade material. Embora ostente a grande virtude de proscrever a discriminação, tornando norma legal a repulsa a este tipo ignominioso de conduta, não tem o condão de apagar todo o histórico de opressão contra certos grupos e desfazer seus nefastos efeitos. É nesta esteira o pensamento de Cármen Lúcia Antunes Rocha⁸⁰:

Concluiu-se, então, que proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão-somente o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica.

Mais é preciso. Note-se que o Estado assume para si o papel de agente transformador da realidade, consoante se pode perceber do conteúdo de seu preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

⁸⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica.** Revista Trimestral de Direito Público. Brasília: Malheiros. n. 131, jul./set. 1996, p. 285.

Igualmente, o artigo 3º reforça essa atitude:

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Torna-se, assim, imperiosa uma atitude positiva por parte da República constituída em 1988. E, neste campo, é lícito inferir que as ações afirmativas são mecanismo que podem levar a efeito tais transformações, pois calcadas no postulado da igualdade material, realizadora e transformadora.

Assim, para se assegurar a igualdade de fato entre indivíduos ou grupos, por vezes se torna imperativo o estabelecimento de desigualdade jurídica entre estes, de modo a remover as barreiras que estão a obstaculizar a equânime fruição dos bens sociais.

Trata-se de uma necessidade premente de um Estado que se pretende democrático, pois, como ensina Flavia Piovesan:

[...] a implementação do direito à igualdade é tarefa fundamental à qualquer projeto democrático, já que em última análise a democracia significa a igualdade no exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais”⁸¹.

⁸¹ PIOVESAN, Flavia. **Ações afirmativas e direitos humanos**. Disponível em: <http://www.usp.br/revistausp/69/04-flavia.pdf>, p. 10. Acesso em: 15 Jul. 2015.

2.2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

A origem do instituto remonta ao direito norte-americano^{82,83}, no seio do movimento pela conquista dos direitos civis, momento em que aquele Estado se achava diante do desafio de superar uma longa história de segregação racial⁸⁴.

Nos Estados Unidos, o modo de tratar os efeitos da discriminação e as soluções propostas para corrigi-la se assentam em, primordialmente, duas concepções, caracterizadas pelos postulados da *justiça compensatória* e da *justiça distributiva*.

Segundo a teoria da *justiça compensatória*, os programas de ação afirmativa, ao concederem vantagens a grupos minoritários em disputas por empregos ou acesso à educação, por exemplo, estariam promovendo uma compensação pela marginalização a que submetidos ditos grupos.

Trata-se, assim, de reparar a falta de oportunidades a que sujeitos os indivíduos pertencentes às minorias, situação que os leva ao alijamento da plena fruição dos bens sociais e de uma vida plena. Consoante explana Joaquim B. Barbosa Gomes:

A Justiça Compensatória teria assim, uma natureza iniludivelmente “restauradora”, na medida em que, segundo Coleman, se trataria simplesmente de pôr em prática os postulados da Justiça, “não porque se promova justiça na distribuição de bens, mas por que se remediam injustiças no ponto de partida inicial” da distribuição de vantagens e benesses⁸⁵.

O mesmo autor aponta falhas importantes nessa vertente, em especial o fato de operar com conceitos rígidos como dano, ilicitude e remédio

⁸² GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade.** (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 37.

⁸³ Na mesma linha: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica.** Revista Trimestral de Direito Público. Brasília: Malheiros. n. 131, jul./set. 1996, p. 286.

⁸⁴ O Ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 186 / DF, atribui a origem do instituto à Índia, através do *Government of India Act*, de 1935.

⁸⁵ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade.** (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 62.

compensatório, bem como a necessidade de demonstração da relação de causa e efeito entre eles.

Isto acaba por dificultar muito a legitimação de uma política de ação afirmativa, bem como restringe demasiadamente seu espectro de atuação, pois, “em regra, somente quem sofre diretamente o dano tem legitimidade para postular a respectiva compensação”. Além disso, “essa compensação só pode ser reivindicada de quem efetivamente praticou o ato que resultou no dano”⁸⁶.

De outro prisma, segundo leciona o ex-Ministro da Corte Constitucional brasileira, a concepção fundada na *justiça distributiva* tem por fundamento a:

[...] necessidade de se promover a redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens, riqueza e outros importantes ‘bens’ e ‘benefícios’ entre os membros da sociedade. Tal distribuição teria o efeito de mitigar as iniquidades decorrentes da discriminação. [...] A noção de justiça distributiva é a que repousa no pressuposto de que um indivíduo ou grupo social tem direito de reivindicar certas vantagens, benefícios ou mesmo o acesso a certas posições, às quais teria naturalmente acesso caso as condições sociais sob as quais vive fossem de efetiva justiça⁸⁷.

Esta vertente tem como premissa a *equality at birth*, segundo a qual todos são iguais ao nascer, e as barreiras decorrentes de gênero ou cor só assim se caracterizam por influência da sociedade, através da carga pejorativa que atribui a esses fatores.

A ação afirmativa assume o papel de remover essas barreiras, para que a pessoa possa fruir daquilo que naturalmente obteria, não fosse a discriminação.

Nesta esteira, constatada a discriminação e seus efeitos, a ação afirmativa é vista como instrumento redistributivo, não compensatório, das riquezas e oportunidades sociais, servindo como agente removedor daquelas

⁸⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade.** (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 65.

⁸⁷ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade.** (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 66.

barreiras que obstam a plena e equânime fruição dos bens da vida pelos indivíduos e grupos discriminados⁸⁸.

Os debates que se travaram nos Estados Unidos permitem identificar, ainda, através das posições a favor e contrárias às ações afirmativas, dois *modelos de justiça* diversos para fundamentar o instrumento.

O primeiro, que apregoa um modelo de justiça individual, fulcrado em concepções de justiça compensatória, refuta classificações raciais e só admite compensações a discriminações imediatas, a favor do discriminado e somente suportáveis pelo discriminador.

O segundo, modelo de justiça grupal, “ênfatiza a situação de desvantagem da população negra e preocupa-se com a discriminação indireta, institucional, sofrida por indivíduos pertencentes às populações minoritárias”⁸⁹.

Todavia, segundo magistério de Roger Raupp Rios, ante a insuficiência argumentativa de ambas as correntes, a doutrina norte-americana forjou um terceiro modelo, o da *justiça social*, que é bem sintetizado pelo autor da seguinte forma⁹⁰:

Diante dos limites dos dois modelos e da ambivalência de decisões da Suprema Corte, Richard Fallon e Paul Weiler propõem um terceiro modelo, por eles denominado de “modelo de justiça social”. Esta alternativa pode ser sintetizada como uma rejeição simultânea dos atos discriminatórios autônomos voltados por indivíduos contra outros indivíduos e da discriminação sistemática difusa que legou à população negra uma condição de subordinação social. Ele abrange, portanto, tanto a repressão a atos individualizados quanto a adoção de medidas racialmente

⁸⁸ “Portanto, sob essa ótica, a ação afirmativa define-se como um mecanismo de “redistribuição” de bens, benefícios, vantagens e oportunidades que foram indevidamente monopolizadas por um grupo em detrimento de outros, por intermédio de um artifício moralmente e juridicamente condenável – a discriminação, seja ela racial, sexual, religiosa ou de origem nacional” [GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 68].

⁸⁹ RIOS, Roger Raupp. **Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro**: reflexões a partir do debate constitucional estadunidense. In *Jurisdição e direitos fundamentais*: anuário 2004/2005. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Vol. 1, Tit. 1. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006, p. 291.

⁹⁰ RIOS, Roger Raupp. **Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro**: reflexões a partir do debate constitucional estadunidense. In *Jurisdição e direitos fundamentais*: anuário 2004/2005. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Vol. 1, Tit. 1. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006, p. 292.

conscientes, voltadas para o combate da discriminação institucional.

Este modelo, aliás, tende a se consolidar como supedâneo das ações afirmativas no Direito brasileiro, uma vez que expressamente adotado no *leading case* nacional, a ADPF 186/DF, tendo o relator do julgado, Ministro Ricardo Lewandowski, asseverado que:

[...] a transformação do direito à isonomia em igualdade de possibilidades, sobretudo no tocante a uma participação equitativa nos bens sociais, apenas é alcançado, segundo John Rawls, por meio da aplicação da denominada *justiça distributiva*⁹¹.

De notar que essa corrente de pensamento toma a realidade social e todo o histórico de desigualdade praticado contra grupos minoritários, com o objetivo primordial de promover a inclusão não apenas de indivíduos, mas dos próprios grupos marginalizados. Tal o que ressalta o Ministro Ricardo Lewandowski⁹²:

No que interessa ao presente debate, a aplicação do princípio da igualdade, sob a ótica justiça distributiva, considera a posição relativa dos grupos sociais entre si. Mas, convém registrar, ao levar em conta a inelutável realidade da estratificação social, não se restringe a focar a categoria dos brancos, negros e pardos. Ela consiste em uma técnica de distribuição de justiça, que, em última análise, objetiva promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade.

Por derradeiro, é de se recordar, em tema de justificação do uso de ações afirmativas, o que se disse no item 1.4 deste trabalho, em especial o papel de reprovação da discriminação e de correção de seus efeitos por elas assumido, tarefa que demanda a transformação real do *status quo*, mediante medidas especiais de promoção da verdadeira igualdade.

⁹¹ LEWANDOWSKI, Ricardo. Voto proferido na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, p. 7.

⁹² LEWANDOWSKI, Ricardo. Voto proferido na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, p. 8.

2.3 OBJETIVOS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

As ações afirmativas são instrumentos de mudança e transformação. Uma vez identificada uma realidade social corroída pela desigualdade, representam o instrumento profilático para correção da realidade anti-isonômica.

Este ideal transformador foi de plano percebido no Direito norte-americano, tendo o Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, Harry Blackmun, no julgamento do caso *Bake v. Regent of University of California*, assinalado com muita precisão⁹³:

In order to get beyond racism, we must first take account of race. There is no other way. And in order to treat some persons equally, we must treat them differently. We cannot – we dare not – let the Equal Protection Clause perpetrate racial supremacy⁹⁴.

Com efeito, da compreensão de que a aproximação do ideal de igualdade real e efetiva demanda ações concretas e positivas, de modo que a mera proibição de tratamento desigual perante a lei não é de *per se* suficiente para tal desiderato, torna-se mister admitir que, para que seja incrementada a igualdade, certas vezes é necessária a instituição de tratamento jurídico desigual.

Como leciona Cármen Lúcia Antunes Rocha⁹⁵, através de uma:

[...] desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático.

Na mesma linha ensina Roger Raupp Rios⁹⁶, ressaltando que as ações afirmativas:

⁹³ 438 U.S. 265 – 1978.

⁹⁴ Para superar o racismo, nós precisamos primeiro tomar a raça em consideração. Não há outro caminho. E para tratar algumas pessoas com igualdade, nós precisamos tratá-las diferentemente. Nós não podemos - não podemos ousar - deixar que a Cláusula de Igual Proteção perpetue a supremacia racial.

⁹⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. Revista Trimestral de Direito Público. Brasília: Malheiros. n. 131, jul./set. 1996, p. 285.

⁹⁶ RIOS, Roger Raupp. **Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro: reflexões a partir do debate constitucional estadunidense**. In Jurisdição e direitos fundamentais: anuário

[...] objetivam o combate à discriminação através da instituição de medidas especiais, conscientes das realidades discriminatórias, em face de situações de desvantagem ou exclusão. Elas almejam alterar os efeitos das práticas discriminatórias, intencionais ou não intencionais.

A superação da sensação de superioridade de grupos majoritários em face de minoritários e dos estigmas suportados historicamente por estes é também missão visada pelas ações afirmativas.

Sobre isto revela Joaquim B. Barbosa Gomes que “não basta proibir, é preciso também promover”. Ainda:

[...] induzir transformações de ordem cultural, pedagógica, psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a ideia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação a outra, do homem em relação à mulher⁹⁷.

Prossegue aduzindo que “a ação afirmativa tem como objetivo não apenas coibir a discriminação do presente, mas, sobretudo, eliminar os *lingering effects*”, que caracterizam “os efeitos persistentes (psicológicos, culturais e comportamentais) da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar”⁹⁸.

De outro norte, a busca da diversidade é fundamento invocado para legitimar o recurso à ação afirmativa. Este, aliás, foi argumento principal a nortear o julgamento do caso *Bake v. Regent of University of California*, que marca a primeira ocasião em que a Suprema Corte dos Estados Unidos teve para proclamar a constitucionalidade de programas de ação afirmativa que se valiam do fator *raça* como elemento de *discrímen*⁹⁹.

2004/2005. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Vol. 1, Tit. 1. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006, p. 295.

⁹⁷ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade.** (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 44.

⁹⁸ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade.** (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 47.

⁹⁹ Naquela ocasião, o Tribunal avaliava a constitucionalidade de programa de admissão para a Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia, a qual instituíra uma reserva de 16% das vagas para pretendentes pertencentes a grupos minoritários (negros, latinos, asiáticos). A Corte analisou o caso sob *standart* rigoroso (strict scrutiny), pois se pautava em *discrímen* racial, critério tido por suspeito (para o Tribunal, toda classificação jurídica baseada em fato racial deve ser considerada a princípio como suspeita). Assim, havia-se de provar, primeiro,

Em exame da experiência norte-americana, Joaquim B. Barbosa Gomes proclama que as ações afirmativas:

[...] também têm como meta a implantação de uma 'certa' diversidade e de uma maior 'representatividade' dos grupos minoritários nos mais diversos domínios da atividade pública e privada¹⁰⁰.

Além disso, há a geração de benefícios para o país com a adoção de ações afirmativas, mediante aumento de produtividade decorrente do oferecimento de oportunidade de trabalho a uma gama maior de pessoas.

Ainda, a ação afirmativa tem o condão de formar os chamados *role models*, indivíduos pertencentes às minorias que ascendem, graças a políticas de ação afirmativa, a postos e funções mais elevados, os quais passam a ser exemplos a serem seguidos em suas comunidades¹⁰¹.

Roger Raup Rios¹⁰² identifica outro importante objetivo das ações afirmativas: o oferecimento de novos serviços às comunidades excluídas. Isto ocorre, por exemplo, com o estabelecimento de profissionais de nível superior (médicos, dentistas, advogados) em suas comunidades de origem, levando a

que a medida visava atender *interesse governamental imperativo*. A promoção da diversidade e, principalmente, a reparação de uma discriminação passada (justiça compensatória), constituiriam esse imperativo. Ainda, a medida deveria ser *estritamente talhada* (*narrowly tailored*) para atingimento do fim visado.

A Corte reconheceu que a superação da discriminação e a busca da diversidade racial e étnica em sala de aula constituíam interesse governamental imperativo, pois haveria ganhos à atividade acadêmica, através da incorporação de pontos de vista os mais distintos, uma vez que o âmbito acadêmico passaria a refletir com maior fidelidade ambiente mais aproximado do existente fora dali, no seio social.

Contudo, embora o caso seja emblemático por certificar a validade de ação afirmativa calcada em critérios raciais, o programa da Universidade da Califórnia foi proclamado inconstitucional, sob consideração de que a constatação da existência de discriminação passada no acesso à educação, requisito básico para se ter o critério racial como admissível, haveria de ser atestada por órgão governamental competente, no que a Universidade não se constituía. Além disso, o plano da Universidade não fora concebido de modo estritamente talhado, ostentando falhas evidentes, como a possibilidade de que os indivíduos pertencentes a grupos minoritários concorressem para as vagas a si reservadas, bem como para as vagas remanescentes à seleção geral.

¹⁰⁰ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 47.

¹⁰¹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 48-49.

¹⁰² RIOS, Roger Raupp. **Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro**: reflexões a partir do debate constitucional estadunidense. In *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Vol. 1, Tit. 1. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006, p. 287-288.

elas oportunidades de atendimento até então de difícil acesso, uma vez que as maiorias também tendem a se estabelecer profissionalmente em seus lugares de origem e identificação.

2.4 CONCEITO DE AÇÃO AFIRMATIVA

As considerações tecidas até este ponto demandam chegar a uma definição conceitual do instituto em análise, com o fito de nortear as proposições que se seguirão.

A Convenção da Organização das Nações Unidas para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 65.810, de 08 de Dezembro de 1969, define ação afirmativa como:

[...] medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

Semelhante inspiração consta da Convenção da ONU Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, ratificada em 01 de Fevereiro de 1984, a qual define ação afirmativa como “medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher”.

Da doutrina também se extraem valorosos conceitos, sobrepujando o proposto por Joaquim B. Barbosa Gomes¹⁰³:

Atualmente, 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 origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo

¹⁰³ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade.** (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40-41.

por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como educação e emprego (...). Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

Já Roger Raupp Rios define a ação afirmativa:

[...] como o uso deliberado de critérios raciais, étnicos e sexuais com propósito específico de beneficiar um grupo em situação de desvantagem prévia ou de exclusão, em virtude de sua respectiva condição racial, étnica ou sexual¹⁰⁴.

Segundo João Paulo de Faria Santos¹⁰⁵:

A ação afirmativa é um conceito que exprime uma espécie de tratamento discriminatório de acordo com o ordenamento jurídico, fazendo com que o direito seja garantia de tratamento mais equânime no presente como compensação à discriminação sofrida no passado.

E Cármen Lúcia Antunes Rocha¹⁰⁶, ressaltando o caráter democrático da ação afirmativa, a define como:

[...] um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não-cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é, na letra da lei fundamental, assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. Cidadania não combina com desigualdade. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação.

Na definição de Daniel Sarmento¹⁰⁷:

¹⁰⁴ RIOS, Roger Raupp. **Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro**: reflexões a partir do debate constitucional estadunidense. *In* Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Vol. 1, Tit. 1. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006, p. 284.

¹⁰⁵ SANTOS, João Paulo de Faria. **Ações afirmativas e igualdade racial**. A contribuição do direito na construção de um Brasil diverso. São Paulo: Loyola, 2005, p. 45.

¹⁰⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. Revista Trimestral de Direito Público. Brasília: Malheiros. n. 131, jul./set. 1996, p. 295.

¹⁰⁷ SARMENTO, Daniel. **A igualdade ético-racial no direito constitucional brasileiro**: discriminação de fato, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. *In*: CAMARGO,

Ação afirmativa são medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam promover a igualdade substancial, através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável, e que sejam vítimas de discriminação e estigma social. Elas podem ter focos muito diversificados, como mulheres, os portadores de deficiência, os indígenas ou os afrodescendentes, e incidir nos campos mais variados, como educação superior, acesso a empregos privados ou a cargos públicos, reforço à representação política ou preferências na celebração de contratos.

Nesta senda, define-se ação afirmativa como o instrumento, especial e temporário, que visa ao reequilíbrio das condições de participação na vida em sociedade.

Viabiliza juridicamente, pela remoção de obstáculos e criação de oportunidades, acesso a bens, serviços e ensejos de participação social inacessíveis de outra forma a grupos historicamente desfavorecidos econômica, politicamente e socialmente.

Opera-se mediante políticas públicas de equalização, afirmação e reconhecimento de direitos, a exemplo do que ocorre com o estabelecimento de cotas para grupos minoritários acessarem o ensino público superior.

2.5 REQUISITOS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Convém, inicialmente, pontuar que ação afirmativa não é sinônimo de cota. Esta é espécie daquela. Com efeito:

Toda contratação ou promoção preferencial de membros de grupos discriminados, seja por meio de cotas, bolsas de estudo, vantagens, medidas de proteção ou reparações financeira, são abarcadas pelo conceito de ação afirmativa¹⁰⁸.

De outra banda, pontue-se que a desigualdade que se há de combater não precisa estar estatisticamente comprovada, conquanto a

Marcelo Novelino (Org.). Leituras Complementares de Constitucional: direitos fundamentais. Salvador: Juspodivm, p. 187-215, 2007.

¹⁰⁸ DUARTE, Allan Coelho. **A Constitucionalidade das Políticas de Ações Afirmativas**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, abril/2014 (Texto para Discussão nº 147). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 22 Abr. 2014, p. 5.

comparação estatística seja reforço argumentativo importante para legitimação da medida.

O fator determinante, contudo, reside na aceitação, calcada em dados históricos, acerca da existência de desigualdade injustificável recaindo sobre determinado grupo minoritário.

A ação afirmativa, então, dependendo da concepção de igualdade material em que se basear, será o remédio destinado a desfazer dita desigualdade, seja colocando ambos os grupos no mesmo ponto de partida, quando em busca de acesso a certa oportunidade; seja reequilibrando a concorrência ao longo do caminho, sempre que desequilíbrios surjam no percurso da equalização. Ou, ainda, será o meio que, sem igualar efetivamente, irá ao menos incluir o grupo excluído, mediante garantia de condições existenciais mínima para uma vida digna.

Nesta tarefa, é curial que o meio adotado corresponda logicamente ao fim perseguido.

Por exemplo, se a intenção é permitir que estudantes de origem humilde, que não tiveram acesso à educação fundamental e média razoável, possam acessar o ensino superior, é lícito autorizar que concorram para ingresso com nota de admissão inferior aos concorrentes pertencentes às maiorias, pois com tal proceder se estará igualando os concorrentes no ponto de partida.

Tão importante quanto a relação de correspondência entre meios e fins é a natureza temporária da política afirmativa. Deve durar apenas enquanto necessária, ou seja, enquanto houver desigualdade a ser combatida.

Quando alcançado o padrão de equilíbrio visado originalmente, o programa deverá findar, pois, caso permaneça após tal ponto, será gerador de injustiça, ante a criação de facilidade a quem não mais necessita.

2.6 AÇÕES AFIRMATIVAS NOS ESTADOS UNIDOS: BREVE PANORAMA

É relevante investigar, ainda que sucintamente e de modo meramente ilustrativo, sem pretensões de um exame metodológico baseado

em Direito Comparado, a experiência jurídica norte-americana sobre as ações afirmativas.

Tal se deve, sobretudo, ao fato de ser aquele país o berço dessas políticas, pelo menos no que diz com o Direito ocidental contemporâneo. Além disso, aquele Estado tem promovido, ao longo das últimas décadas, intenso debate sobre o tema, avaliando a mais variada gama de argumentos a ele pertinentes.

Nesta tarefa, importa gizar, inicialmente, que ao contrário do que se passa no Direito brasileiro, a Constituição norte-americana não contempla cláusula expressa sobre ações afirmativas.

As análises jurisprudenciais têm se dado, sobretudo, com base na XIV Emenda, cláusula geral de igualdade, que garante a todos os cidadãos, em relação aos estados membros, igual proteção da lei¹⁰⁹.

Além desta, as Emendas XIII, proibitiva da escravidão e, indiretamente, da discriminação, e XV, conhecida por *spending clause* (cláusula de dispêndio), que constitui mecanismo de restrição do repasse de subvenções federais a entidades que discriminem ou não promovam a diversidade, são elementos constitucionais invocados no trato do tema pelos Tribunais locais.

Contudo, embora inexista na Constituição norma expressa que mencione ou determine a adoção de ação afirmativa, é fundamental não olvidar a observação de DWORKIN¹¹⁰, no sentido de que “não há nenhum texto na Constituição cujo significado claro proíba a ação afirmativa”.

Com efeito, a Suprema Corte americana desenvolveu vasta jurisprudência sobre o tema, sendo esta a principal fonte de Direito a ser estudada.

¹⁰⁹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade.** (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 109.

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 445.

Contudo, não se pode perder de vista a observação de Paulo Lucena de Menezes, esclarecendo que, conquanto tenha a Suprema Corte julgado pelo menos dez processos de grande importância:

[...] o aspecto mais marcante de todas essas decisões, quando analisadas em conjunto, é a constatação de que o referido Tribunal não conseguiu definir, com clareza e autoridade, os exatos limites da ação afirmativa¹¹¹.

O caso mais comentado pela opinião pública norte-americana, até hoje, é *Regentes da Universidade da Califórnia contra Allan Bakke*, julgado pela Suprema Corte em 12 de Outubro de 1977.

Allan Bakke era pretendente a uma vaga na escola de Medicina da Universidade da Califórnia, com sede em Davis. No ano em que concorria ao ingresso naquela instituição, a Universidade implantara um “programa de força-tarefa”, com o intuito de promover o ingresso de mais negros e outras minorias em seus quadros. Para tanto, reservou dezesseis das cem vagas a estudantes desses grupos.

Bakke, que ostentava notas relativamente altas, fora rejeitado, não tendo a Universidade conseguido afastar a alegação de que, não fosse o programa de força-tarefa, teria havido o ingresso de Bakke.

A Corte Suprema da Califórnia entendeu que Bakke tivera seus direitos constitucionais violados, em virtude do que ordenou seu ingresso na escola de Medicina, decisão contra a qual a Universidade recorreu, levando o caso ao Supremo Tribunal dos Estados Unidos¹¹².

Após intenso debate, que por muito tempo ocupou a mídia e os editoriais do país, a Suprema Corte assentou, em caráter geral, que qualquer plano de ação afirmativa é compatível com a Constituição, desde que adequadamente concebido¹¹³, o que representou uma grande vitória aos defensores dos direitos civis.

¹¹¹ MENEZES, Paulo Lucena de. **Ação afirmativa (*affirmative action*) no direito americano**, p. 107.

¹¹² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 437.

¹¹³ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 106.

Embora tenha mostrado resistência a programas baseados em cotas fixas, “decidiu, por uma votação de cinco a zero, que a Constituição autoriza programas de ação afirmativa, como o de Harvard, que permite que a raça seja levada em consideração”, desde que “com a finalidade de obter um corpo estudantil diversificado”¹¹⁴. O julgamento, no entanto, não representou uma vitória completa para os partidários da ação afirmativa, nem encerrou a questão.

A Corte analisou o caso sob *standart* rigoroso (*strict scrutiny*), pois o programa se pautava em uma “classificação suspeita”, qual seja a classificação com base na raça¹¹⁵.

Assim, havia-se de provar, primeiro, que a medida visava atender interesse governamental imperativo. A promoção da diversidade e, principalmente, a reparação de uma discriminação passada (justiça compensatória), constituiriam esse imperativo¹¹⁶.

Mas a existência da discriminação deveria ser certificada por órgão governamental competente, não o sendo a universidade. Ainda, a medida deveria ser estritamente talhada para atingimento do fim visado. E a da Universidade da Califórnia tinha falhas evidentes, em especial permitir que os grupos minoritários concorressem nas vagas para si reservadas e também nas demais.

Assim, o programa da Universidade da Califórnia fora anulado, muito embora tenha restado definido que programas de ações afirmativas são compatíveis com a Constituição, mesmo os que levam o fator raça em consideração.

Já estabelecida a compatibilidade, ao menos em tese, de ações afirmativas com a Constituição, a Suprema Corte proclamou a possibilidade de entes privados promoverem, voluntariamente, planos de ação afirmativa.

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 455.

¹¹⁵ Para a Suprema Corte americana, toda classificação jurídica baseada em fator racial deve ser considerada, a princípio, suspeita.

¹¹⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 109-110.

O caso *Steelworkers vs. Weber* foi o palco para esta decisão. A fábrica *Kaiser Aluminum Company*, na Louisiana, registrava notória subrepresentação de trabalhadores negros em seus postos de trabalho mais destacados e com melhor remuneração. Isto em uma região de população negra expressiva.

Para mudar esta realidade, a empresa, *sponte propria* e em acordo com o sindicato dos trabalhadores, criou um programa de treinamento para funções mais elevadas, baseado primeiramente na antiguidade do funcionário na empresa.

Mas, além do tempo de casa, estabeleceu que, para cada branco admitido no programa de capacitação, haveria de ser admitido um negro também, até que se encontrasse equilíbrio entre o número de negros capacitados em relação à proporção de negros no mercado de trabalho local¹¹⁷.

Weber foi um dos empregados que se inscrevera, mas, como não tinha tempo suficiente de trabalho, fora preterido nas vagas gerais, embora trabalhadores negros com ainda menos tempo na empresa houvessem sido admitidos.

Alegou, então, que fora discriminado em virtude de sua raça, invocando o Estatuto de Direitos Civis de 1964, que, na Seção 703 (a), Título VII, veda ao empregador “deixar de contratar ou recusar-se a contratar, ou despedir, qualquer indivíduo ou discriminar qualquer indivíduo [...] por causa da raça, cor, religião, sexo ou origem nacional”.

Como registra DWORKIN, a Suprema Corte entendeu que a cláusula de igualdade na lei impõe aos estados a igualdade de tratamento para com os cidadãos, “mas não impõe tal exigência a instituições privadas, a menos que a ‘ação estadual’ esteja envolvida no que fazem essas instituições privadas”¹¹⁸.

Logo, como não havia nenhuma ação estatal imbricada, a questão não era constitucional e deveria ser examinada à luz do Estatuto dos Direitos

¹¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 471.

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 472.

Civis. Concluíra a Corte Suprema, então, segundo voto do Juiz Brennan sintetizado por Dworking¹¹⁹, que:

A Lei representava uma decisão do Congresso para promover a igualdade racial na educação, no emprego e em outras áreas e pôr fim a uma era econômica em que os negros não totalmente desempregados restringem-se a trabalhos menos interessantes e mal remunerados. Portanto, seria incompatível com a política subjacente da lei interpretá-la de modo a proibir planos industriais voluntários voltados para esses objetivos.

Entretanto, esta faculdade das entidades privadas encontra temperamento na “teoria do impacto desproporcional”, a qual visa coibir a discriminação indireta, que decorre de “práticas administrativas, empresariais ou de políticas públicas aparentemente neutras, porém dotadas de grande potencial discriminatório”¹²⁰. Sintetiza Joaquim Barbosa Gomes¹²¹:

Toda e qualquer prática empresarial, política, governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação ao princípio constitucional da igualdade material, se em consequência de sua aplicação resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas.

Em *Griggs vs. Duke Power Co.*, caso em que se discutia a política de promoção de trabalhadores negros a postos mais elevados na empresa energética, referida teoria fora aplicada.

A empresa da Carolina do Norte passou a exigir um “teste de inteligência” para a promoção do trabalhador a melhores cargos, em substituição ao requisito anterior, de simples apresentação de diplomas escolares, o que foi visto como intenção discriminatória e tendente a manter o

¹¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 475.

¹²⁰ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 23.

¹²¹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24.

status quo, já que os negros, até a década de 60, freqüentavam escolas segregadas e de qualidade inferior as frequentadas pelos brancos.

A exigência da empresa fora reputada inconstitucional, porquanto violadora da igualdade, posto representativa de um impacto desproporcional em face do grupo de trabalhadores negros, oriundos daquelas escolas segregadas.

O direito norte-americano admite, outrossim, o estabelecimento de ações afirmativas por ordem judicial (*court ordered affirmative action programs*). A possibilidade consta da Seção 706, g, do Estatuto dos Direitos Civis de 1964, tendo sido aplicada no caso *United States vs. Paradise*.

A discussão girava em torno de prática discriminatória do estado do Alabama, cujo departamento de polícia se recusava a admitir policiais negros.

Em 1972, no âmbito de procedimento judicial, fora comprovada a prática e o juiz responsável, após uma década de recalcitrância do estado-membro em cumprir a sentença, impôs medida executória consistente em fixação de uma cota de cinqüenta por cento de negros a serem admitidos, de modo que, para cada policial branco admitido ou promovido, haveria de ser admitido ou promovido também um negro¹²².

A Suprema Corte dos Estados Unidos, ao validar o julgado e a medida afirmativa decretada judicialmente, valeu-se da apuração da denominada “disparidade estatística”, que “consiste basicamente em demonstrar a ausência ou sub-representação de certas minorias em determinados setores de atividade”¹²³, em comparação com sua representatividade na população local, a fim de demonstrar a discriminação sofrida por certo grupo.

Registre-se, contudo, que embora a Suprema Corte tenha adotado e ainda eventualmente se valha deste critério, não o faz de modo absoluto, como

¹²² GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade.** (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 219.

¹²³ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade.** (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 220.

expressão matemática peremptória, mas cotejando o dado estatístico com demais elementos do processo.

Em síntese, a validação de políticas de ação afirmativa pelo Judiciário norte-americano demanda que os planos combinem o ideal de igualdade de resultados (econômicos, sobretudo – *outcome equality*), com o *process equality*, de modo que os meios usados não sejam obstativos de oportunidade para os grupos não minoritários.

Ainda, a temporariedade é de fundamental relevância. Neste campo, a comprovação estatística na hora de instituir o plano é de máximo relevo, pois permitirá o cotejo futuro, a fim de aferir o êxito do programa.

Planos mais flexíveis são mais adequados, assim entendidos aqueles que combinam o fator raça ou gênero com outros critérios, como qualificação, de modo que o fator racial ou de gênero seja apenas um *plus factor*¹²⁴.

Por derradeiro, convém registrar que o Judiciário dos Estados Unidos tem admitido a instituição de ação afirmativa decorrente de ato do Poder Executivo, materializado no Decreto (*Executive Order*) 11.246, o qual impõe o dever das entidades contratadas pelo poder público de seguir certos parâmetros inclusivos de minorias em seus quadros e também de promoção na carreira.

Embora a questão nunca tenha sido julgada pela Suprema Corte, os tribunais federais de segunda instância reiteradamente declaram a constitucionalidade deste mecanismo, amparado que está na “cláusula de dispêndio” constante da XV Emenda¹²⁵.

Estes exemplos, que sucintamente ilustram a rica trajetória norte-americana em sede de ação afirmativa, permitem ver a importância do instituto no incremento da igualdade material operado naquele Estado.

¹²⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade.** (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 223-224.

¹²⁵ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade.** (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 215.

E os fundamentos lá construídos podem servir de guia para a construção da experiência própria do Brasil, muito embora a diversidade normativa constatada no Direito pátrio, o que a seguir será abordado.

2.7 AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL

2.7.1 A Constituição de 1988 e as ações afirmativas

Ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, a Constituição Federal de 1988 contempla dispositivos que conferem, de modo mais explícito, supedâneo de validade para a adoção de ações afirmativas.

Isto decorre do estabelecimento, pelo Constituinte de 1988, de um “Estado Democrático Social de Direito”, tendo o feito com base em “uma carta constitucional de tipo ‘dirigente’, vinculando amplamente o legislador e os demais poderes estatais aos objetivos e metas estabelecidos no seu texto”¹²⁶.

Já no Preâmbulo, que, em verdade, resume as intenções do Constituinte com a ordem jurídica que inaugura, transparece o ideal de se construir um Estado comprometido com a “a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

O artigo 3º, ao enunciar os objetivos da república, assume postura ativa, afirmativa mesmo, ao dizer que o Estado há de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, comprometida com a erradicação da pobreza, da marginalização e com a redução das desigualdades sociais e regionais, além de impor-lhe a missão de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

A assunção desta postura transformadora fora bem capitada por Marco Aurélio Mello¹²⁷:

Pode-se afirmar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que

¹²⁶ ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; STRASBURG, Adriana. **Ações afirmativas como concretização do princípio constitucional da igualdade no âmbito do estado democrático social de direito**. São Paulo: REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP, 2008, V. 1, p. 11. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/739/520>, acesso em: 15 Jul. 2015.

¹²⁷ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. **Ação afirmativa: óptica constitucional**. Revista da Escola Nacional de Magistratura, v. 1, n. 1, abr. 2006, p. 85.

se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos "construir", "garantir", "erradicar" e "promover" implicam, em si, mudança de óptica, ao denotar "ação". Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e encontramos, na Carta da República, base para fazê-lo – as mesmas oportunidades. Há de ter-se como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa.

Para além da declaração de intenções e objetivos, tratou o Constituinte, em diversos dispositivos, de estabelecer parâmetros e instrumentos indicativos de como e a quem alcançar com esta postura promotora da igualdade.

O primeiro deles é o artigo 7º, XX, que garante "proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei".

Com efeito, embora não crie, ele próprio, ação afirmativa, o enunciado reconhece a maior vulnerabilidade do grupo minoritário formado pelas mulheres trabalhadoras, as quais, diante da reconhecida desvantagem em relação aos trabalhadores do sexo masculino, necessitam de incentivos legais para alcançar equilíbrio nas relações laborais.

Deste modo, ao enunciar que o mercado de trabalho das mulheres deve ser fomentado por incentivos legais, nada mais fez o Constituinte do que determinar ao legislador ordinário a adoção de ações afirmativas em prol daquele grupo, historicamente preterido no momento das contratações, além de exposto a remunerações inferiores às pagas, para funções equivalentes, a trabalhadores masculinos.

Mais contunde e explícito, o artigo, 37, VIII determina que "a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão".

Embora não fixe percentual, obriga seja criada uma ação afirmativa, do tipo “cota”, em prol das pessoas com deficiência, também vítimas de histórica discriminação no acesso ao trabalho¹²⁸.

Já o artigo 170 estatui como princípio da ordem econômica a concessão de “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.

Nesta senda, ao reconhecer que as empresas de pequeno porte nacionais estão em desvantagem em relação às de maior poder econômico, previu o Constituinte a necessidade de um remédio para equacionar a disputa de mercado em face das empresas maiores. Outro campo aberto para a ação afirmativa.

O artigo 5º, parágrafo segundo (garantias constitucionais implícitas) é outro elemento a conferir respaldo constitucional à adoção de ações afirmativas, pois, através dele, restam incorporados, com *status* constitucional, ao Direito pátrio os tratados internacionais sobre direitos humanos que conferem tratamento privilegiado às minorias.

Como exemplo, pode-se citar a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil, em 26 de março de 1968, que não considera discriminação racial as medidas especiais:

[...] tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades.

Também, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, ratificada pelo Brasil em 01.02.1984, que prevê a “adoção pelos Estados signatários de medidas especiais provisórias visando acelerar de fato a igualdade de homens e mulheres”.

¹²⁸ O esforço pela plena integração das pessoas com deficiência no mercado de trabalho é complementado pela Lei 13.146, de 06 de julho de 2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Estes exemplos¹²⁹ atestam a conformidade de políticas de ação afirmativa com o Texto constitucional, porquanto é, ele próprio, senão instituidor destas políticas, claro incentivador deste rumo, em busca da igualdade material em favor dos grupos minoritários.

2.7.2 Ações afirmativas no plano infraconstitucional

Desde a promulgação da Carta de 1988, diversas leis foram editadas com conteúdo de ação afirmativa.

A Lei 7.859/1989 dispõe sobre o apoio e integração de pessoas portadoras de deficiência e tem como valor básico a igualdade de tratamento e de oportunidade, para o que determina aos órgãos e entidades públicas que dispensem tratamento “prioritário e adequado” (art. 2º, parágrafo único), nas áreas de educação, saúde e de formação profissional e do trabalho, impondo, quanto a esta, “a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado”.

No que tange à iniciativa privada, o Decreto 3.298/1999, que regulamenta a Lei 7.859/1989, reserva de 2% a 5% dos cargos de empresas com mais de cem empregados para “beneficiários da Previdência Social reabilitados ou com pessoa portadora de deficiência habilitada” (art. 36).

Já no setor público, a Lei 8.112/1990 impõe à Administração Pública Federal a reserva de até 20% das vagas ofertadas em concurso público, no que dá aplicação ao comando inserto no art. 37, VIII, da Constituição Federal.

Esta norma deve ser lida em conjugação com o art. 37, § 1º, do Decreto 3.298/1999, que estabelece a reserva de um mínimo de 5% dos cargos em disputa aos portadores de deficiência.

¹²⁹ RIOS cita ainda os artigos 215, § 1º e 221, II, da Constituição Federal, como denotativos da intenção do Constituinte de promover igualdade em favor de comunidades indígenas, afro-descendentes e que sofram discriminação em face de origem regional (RIOS, Roger Raupp. **Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro: reflexões a partir do debate constitucional estadunidense.** In *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Vol. 1, Tit. 1. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. p. 294).

Destarte, em se tratando de concurso público para provimento de cargo pela Administração federal, o edital respectivo há de prever, sob pena de invalidade, reserva de 5% a 20% das vagas a portadores de deficiência.

A Lei 8.666/1993, a seu turno, reforça a promoção do mercado de trabalho das pessoas com deficiência, ao dispensar de licitação a “contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra” (art. 24, XX).

No tocante às mulheres, a Lei 11.340/2006 (“Lei Maria da Penha”), impõe sejam asseguradas as “condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária” (art. 3º).

Determina ao poder público, outrossim, a adoção de “políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares” de modo a evitar sejam vítimas de “negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (art. 3º, § 1º).

Em tema de direitos políticos, a Lei 9.504/1997 assegura o mínimo de 30% das candidaturas de partido ou coligação para candidatas mulheres, a fim de aumentar a representatividade deste grupo nos órgãos legislativos das três esferas de governo.

Importante marco normativo vem representado pela Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, que institui o Estatuto da Igualdade Racial¹³⁰. Ali se vê encartada a ordem do art. 15, segundo o qual “o poder público adotará programas de ação afirmativa”.

Além deste comando imperativo, a mesma lei cria uma espécie de instituição de garantia¹³¹, o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial

¹³⁰ Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 21.07.2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm. Acesso em: 26 Jun. 2014.

¹³¹ “*Instituciones de garantía, [...] además de las funciones e las instituciones judiciales, también las administrativas de garantía, igualmente legitimadas por la aplicación sustancial y no por el simple respecto de la ley*”; *diversas das instituições de governo, que “son de hecho poderes de disposición y de producción e innovación jurídicas*”, legitimadas pelo voto popular e

(Sinapir), destinada “à implementação do conjunto de políticas e serviços destinados a superar as desigualdades étnicas existentes no País” (art. 47); e delega ao Poder Executivo federal a elaboração do “plano nacional de promoção da igualdade racial contendo as metas, princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial (PNPIR)” (art. 49).

Relevante também o estabelecimento de programa de acompanhamento anual dos resultados do programa de igualdade racial, a ser conduzido pelo Poder Executivo (art. 59).

No entanto, é de se notar que o Estatuto, conquanto ordene a adoção de ações afirmativas, não trata da disciplina do instituto nem das hipóteses em que deverão ser adotadas.

Ao contrário, foi opção política do legislador, dentro da esfera de discricionariedade a ele acometida, delegar aos órgãos da Administração a tarefa de dar concretude a tais programas, haja vista certamente as especificidades que cercam cada direito fundamental a ser efetivado, bem assim as diferenças regionais e culturais albergadas nos diferentes espaços federativos.

Também em sede de igualdade racial, a Lei nº 12.990, de 09 de junho de 2014¹³², reserva aos negros¹³³ 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

Interessante pontuar que referida Lei terá vigência pelo prazo de 10 (dez) anos, até 09 de junho de 2024, buscando atender ao caráter de transitoriedade que deve marcar as políticas de ação afirmativa.

pela representação política, encarregadas de decidir as questões afetas à esfera do decidível (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Madri: Trotta, 2008, p. 106-107).

¹³² Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 10.06.2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm. Acesso em: 01 Jul. 2014.

¹³³ “Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE”.

No âmbito do Poder Judiciário federal, a Resolução 203, editada pelo Conselho Nacional de Justiça em 23 de junho de 2015, disciplina a “reserva de vagas aos negros nos concursos públicos para provimentos de cargos efetivos nos órgãos do Poder Judiciário, inclusive de ingresso na magistratura” (art. 1º).

Além da cota de 20% das vagas oferecidas, a norma possibilita a adoção de outros tipos de ação afirmativa, com o “objetivo de garantir o acesso de negros a cargos no Poder Judiciário, inclusive de ingresso na magistratura, bem como no preenchimento de cargos em comissão, funções comissionadas e vagas para estágio” (art. 3º).

Impende notar a essencial disposição trazida pelo art. 9º, que delimita a vigência da Resolução até a data de término da vigência da Lei 12.990/2014, prevendo também a realização de novo senso do Poder Judiciário no quinto ano seguinte à publicação da Resolução, a fim de apurar se os objetivos buscados com a ação afirmativa estão sendo alcançados.

No que tange ao acesso ao ensino público superior, a Lei 12.711, de 29 de agosto de 2012 instituiu cota de no mínimo 50% das vagas ofertadas para estudantes que tenham estudado durante todo o ensino médio em escola pública (art. 1º), metade das quais reservadas a estudantes pertencentes a famílias com renda de até um salário-mínimo e meio *per capita*.

Além disso, fica garantido a indivíduos autodeclarados pretos, pardos e indígenas número de vagas correspondente ao percentual da população com tais características no estado em que localizada a instituição. Caso remanesçam vagas, serão preenchidas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. Iguais disposições se aplicam ao acesso às instituições federais de ensino técnico de nível médio (artigos. 4º e 5º).

Fora fixado um prazo de 10 (anos) para reavaliação do programa, com a virtuosa diferença, em relação ao previsto na Lei 12.990/2014, que esta nova análise se dará sem perda de vigência da norma.

Na mesma seara, mas com mecânica distinta, a Lei 11.096, de 13 de Janeiro de 2005 instituiu o Programa Universidade para Todos (PROUNI), que concede bolsa de estudos em universidades privadas para estudantes de baixa

renda¹³⁴, desde que o estudante “tenha cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral”, seja portador de deficiência ou “professor da rede pública de ensino, para os cursos de licenciatura, normal superior e pedagogia, destinados à formação do magistério da educação básica”, neste último caso “independentemente da renda a que se referem os §§ 1o e 2o do art. 1o desta Lei” (art. 2º).

Este apanhado permite constatar a existência de amplo arcabouço legal, não só autorizando, mas impondo ao poder público a instituição da mais diversa gama de ações afirmativas.

2.7.3 A visão do Supremo Tribunal Federal sobre ações afirmativas

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a constitucionalidade de programas de ação afirmativa, conforme denota o julgamento da APDF 186-DF.

Na ocasião, o Ministro Relator, Ricardo Lewandowski¹³⁵, afirmou que “não há dúvidas, a meu sentir, quanto à constitucionalidade da política de reserva de vagas ou do estabelecimento de cotas nas universidades públicas, visto que a medida encontra amparo no próprio Texto Magno”.

Aliás, embora este precedente se revista de contundência ímpar, pois representa o enfrentamento do tema de modo amplo e pela formação plena do Tribunal constitucional brasileiro, em procedimento de controle concentrado de constitucionalidade, é de se registrar que não foi essa a primeira oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal atestou a constitucionalidade das ações afirmativas.

¹³⁴ “Art. 1º, § 1º A bolsa de estudo integral será concedida a brasileiros não portadores de diploma de curso superior, cuja renda familiar mensal per capita não exceda o valor de até 1 (um) salário-mínimo e 1/2 (meio).

§ 2º As bolsas de estudo parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento), cujos critérios de distribuição serão definidos em regulamento pelo Ministério da Educação, serão concedidas a brasileiros não-portadores de diploma de curso superior, cuja renda familiar mensal per capita não exceda o valor de até 3 (três) salários-mínimos, mediante critérios definidos pelo Ministério da Educação”.

¹³⁵ LEWANDOWSKI, Ricardo. Voto proferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, p. 41.

O julgamento da ADI 1276, quando a corte proclamou a constitucionalidade de lei do Estado de São Paulo que conferia tratamento tributário privilegiado a empresas que contratassem empregados com mais de quarenta anos¹³⁶, já dava sinais da orientação que o tribunal iria acabar consolidando.

A decisão proferida na ADI 1946 vai também na mesma esteira. Na ocasião, o tribunal julgou procedente a ação para atribuir interpretação conforme à Constituição ao artigo 14 da Emenda Constitucional 20 de 1998, excluindo interpretação que impusesse ao empregador o ônus de pagar à empregada gestante a diferença entre seu salário e o valor máximo dos benefícios pagos pelo Regime Geral de Previdência Social¹³⁷.

Entendera o Supremo que com a imposição desse ônus ao empregador restaria “facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora”, com o que “propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo”.

É de se notar que o Tribunal, nas duas Ações Diretas acima referidas, não enfrentou de frente a temática das ações afirmativas, assim como o fizera na ADPF 186, muito embora tenha (1) analisado a compatibilidade constitucional de programa que conferia tratamento desigual em virtude de desigualdade fática, ainda que centrado em argumentos de extrafiscalidade tributária (caso da ADI 1276); e (2) refutado interpretação de emenda constitucional que pudesse resultar em retrocesso à proteção originalmente conferida pela Constituição em favor de grupo minoritário (situação da ADI 1946).

Na ADI 3330 a Corte constitucional declarou a constitucionalidade do PROUNI, atestando a validade da distinção operada pelo programa em favor dos seguimentos beneficiados, ante a necessidade de reequilibrar o acesso aos bens sociais. Constam da ementa relevantes lições:

¹³⁶ STF, ADI 1276, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 29/08/2002, DJ 29-11-2002.

¹³⁷ ADI 1946, Relator Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2003, DJ 16-05-2003.

Não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade. A imperiosa luta contra as relações desigualitárias muito raro se dá pela via do descenso ou do rebaixamento puro e simples dos sujeitos favorecidos. Geralmente se verifica é pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras. Que para tal viagem de verticalidade são compensadas com esse ou aquele fator de supremacia formal. Não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade. 6. O típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para contrabater renitentes desigualações. A lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social. 7. Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, *verbi gratia*, o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social. A desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um *descrimen* que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade (“ciclos cumulativos de desvantagens competitivas”). Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem. 8. O PROUNI é um programa de ações afirmativas, que se operacionaliza mediante concessão de bolsas a alunos de baixa renda e diminuto grau de patrimonilização. Mas um programa concebido para operar por ato de adesão ou participação absolutamente voluntária, incompatível, portanto, com qualquer ideia de vinculação forçada. Inexistência de violação aos princípios constitucionais da autonomia universitária (art. 207) e da livre iniciativa (art. 170)¹³⁸.

¹³⁸ STF, ADI 3330, Relator Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-055 DIVULG 21-03-2013 PUBLIC 22-03-2013.

Também no RMS 26071¹³⁹, muito embora cingida aos limites do controle difuso, a análise se deu de forma mais direta, tendo a corte declarado que a reserva de vagas em concurso público para candidatos com deficiência se inseria em contexto de “reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual” passível de ser enfrentado com “política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988”¹⁴⁰.

Antes deste precedente, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido que “a exigência constitucional de reserva de vagas para portadores de deficiência em concurso público se impõe ainda que o percentual legalmente previsto seja inferior a um”¹⁴¹, a fim de preservar a eficácia do preceito constante do art. 37, VIII, da Lei Fundamental.

Assim, o exame das disposições encartadas na Constituição Federal de 1988, acima referidas, bem assim a tradição jurisprudencial formada no Supremo Tribunal Federal, sintetizada no julgamento da ADPF 186, estão a denotar que a CRFB 1988 não só admite como até determina a adoção de ações afirmativas pelo poder público.

Diversas normas infraconstitucionais estão a indicar a mesma via de promoção da igualdade material, especialmente no que tange ao acesso de pessoas com deficiência ao mercado de trabalho, de promoção de iguais oportunidades às mulheres, de promoção da igualdade racial no acesso a cargos públicos e de acesso a minorias ao ensino superior e técnico em instituições públicas.

Contudo, é de se indagar, diante deste farto arcabouço constitucional e legal, bem como da certificação pela corte constitucional do país acerca da constitucionalidade das ações afirmativas no direito brasileiro, as

¹³⁹ STF, RMS 26071, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 13/11/2007.

¹⁴⁰ O Voto-vista proferido pela Ministra CARMEN LÚCIA tratou do tema com enfoque centrado no princípio da igualdade: “compete ao Poder Judiciário interpretar as normas constitucionais no sentido de dar efetividade ao princípio da isonomia, o que, no caso presente, impõe ser reconhecido como fundamento da decisão a ser tomada, pois a deficiência configura fator de discriminação e de inacessibilidade ou, no mínimo, de ampliação considerável da dificuldade de acesso às oportunidades que são ofertadas para o crescimento individual e profissional dos interessados que comparecem ao concurso público”.

¹⁴¹ STF, RE 227299, Relator Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 14/06/2000, DJ 06-10-2000.

consequências e soluções possíveis para eventual inércia do poder público em implantar os planos de ação afirmativa a seu encargo.

Nesta perspectiva, será abordada a função que a Ação Civil Pública pode desempenhar neste campo, através de estudo de suas características e de sua destinação precípua à defesa de direitos de grupos.

CAPÍTULO 3

OMISSÃO ADMINISTRATIVA EM INSTITUIR AÇÃO AFIRMATIVA E INTERVENÇÃO JUDICIAL PELA VIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

1. OMISSÃO ADMINISTRATIVA E INTERVENÇÃO JUDICIAL

Há muito se tem controvertido sobre a possibilidade e limites da correção judicial da atividade administrativa, máxime em se tratando de atos discricionários¹⁴².

Sob viés mais tradicional, são invocados empecilhos à sindicabilidade judicial de atos administrativos, assim como à correção jurisdicional das providências defeituosas (pois em desacordo com o ordenamento) encetadas pela Administração, sendo os mais comuns o dogma da separação de Poderes, a proteção da esfera discricionária da Administração e a ausência de previsão orçamentária para efetivação das providências decretadas judicialmente.

Uma concepção deste viés, mais conservador, diga-se, ignora, em princípio, a transformação havida na formatação dos Estados Nacionais a partir do segundo pós-guerra e intensificada na segunda metade do Século XX.

Antes de enfrentar estes óbices, entretanto, é de se destacar o valor conferido pela Constituição de 1988 à omissão administrativa, diante do regramento construído para essas hipóteses.

Note-se, primordialmente, que o sistema de controle judicial das omissões presente no Texto de 1988 não se cinge àquelas decorrentes da inércia do Parlamento em legislar. Alcança a todos os Poderes, desde que a

¹⁴² “[...] o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é **discricionário**, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 196-197. Destaque em negrito no original).

algum deles impositivo o dever de agir. Sobre este ponto, veja-se o magistério de Reinaldo Pereira Silva¹⁴³:

[...] o fato é que não só o Poder Legislativo, também o Poder Executivo, a Administração Pública e o próprio Poder Judiciário podem atentar contra a ordem constitucional tanto comissiva quanto omissivamente. Não obstante já seja uma grande conquista do desenvolvimento da teoria normativa a possibilidade de controle de constitucionalidade da inatividade do Poder Legislativo, deve-se acentuar que o controle de constitucionalidade no Brasil revela-se, com a Constituição de 1988, ainda mais adiantado em termos institucionais, haja vista a igual possibilidade não só de controle das omissões dos demais Poderes do Estado, mas também de controle das omissões propriamente administrativas.

Constata-se, neste viés, que a Constituição de 1988 confere relevo às omissões administrativas, sendo marcante o fato de que sua originalidade:

[...] não consiste apenas na identificação das omissões administrativas com o fenômeno da não aplicação das normas constitucionais normativamente completas, mas, antes ainda, na previsão expressa de providência jurisdicional capaz de saná-las¹⁴⁴.

No entanto, a intervenção judicial só se legitima quando a omissão da Administração seja juridicamente relevante, ou seja, quando assuma a característica de uma “omissão inconstitucional”. Sobre esta categoria, ensina J.J. Gomes Canotilho¹⁴⁵:

Omissão inconstitucional significa que o legislador não faz algo que positivamente lhe era imposto pela Constituição. Não se trata, pois, apenas de um simples negativo não fazer; trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado. [...] a omissão existe quando o legislador não cumpre ou cumpre insuficientemente o dever constitucional de emanar normas destinadas a atuar as imposições constitucionais.

¹⁴³ SILVA, Reinaldo Pereira e. **O controle de constitucionalidade das omissões administrativas por via de ação direta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 885/2009, Jul / 2009, p. 2.

¹⁴⁴ SILVA, Reinaldo Pereira e. **O controle de constitucionalidade das omissões administrativas por via de ação direta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 885/2009, Jul / 2009, p. 1.

¹⁴⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1994, p. 331-332.

Na mesma esteira, Jorge Miranda esclarece que a omissão inconstitucional ocorre quando, “mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo ato ou certa atividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil”¹⁴⁶.

Repise-se, a omissão deve ser juridicamente relevante para assumir a feição de inconstitucional. Assim esclarece Reinaldo Pereira Silva¹⁴⁷:

As omissões inconstitucionais - o plural justifica-se porque não se trata de fenômeno singular - consistem na não adoção intencional de conduta comissiva imposta pela Constituição. O conceito jurídico de omissão constrói-se então a partir da justaposição de três elementos: um material, um formal e um intencional. O elemento material corresponde à inércia do órgão ou da autoridade competente para agir; o elemento formal, à violação da imposição constitucional de conduta comissiva, seja normativa, seja não normativa; e o elemento intencional, à real possibilidade de agir do modo imposto.

A omissão que se está aqui a tratar é aquela que repercute na ordem jurídica, porquanto prejudica a defesa de direitos garantidos, o atendimento de deveres normativos incumbentes ao poder público e o desempenho das tarefas que sobre ele pesam, por imposição constitucional¹⁴⁸.

Gize-se que a omissão inconstitucional pode ser de duas espécies: normativa, quando decorrente da ausência ou de edição insuficiente de norma legal regulamentadora de prerrogativa estabelecida na Constituição; e não normativa, que traduz:

[...] a não realização (omissão total) ou a realização deficiente (omissão parcial) de medida de efeito concreto considerada pela Constituição necessária para dar efetividade às normas constitucionais de exeqüibilidade

¹⁴⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005. vol. 6, p. 292.

¹⁴⁷ SILVA, Reinaldo Pereira e. **O controle de constitucionalidade das omissões administrativas por via de ação direta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 885/2009, Jul / 2009, p. 6.

¹⁴⁸ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **O silêncio da Administração Pública**. Belo Horizonte: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 13, n. 52, abr./jun. 2013, p. 57.

direta ou às já completadas pela intervenção normativa das fontes infra-constitucionais¹⁴⁹.

Quanto às omissões não normativas, sobreleva o fato de não resultarem da falta de uma lei, mas da sonegação de uma providência concreta e exigível por parte dos entes e órgãos administrativos:

Não raras oportunidades existem, contudo, em que o Estado se omite em seu dever. As mais freqüentes omissões ilícitas (desviadas das finalidades constitucionais) são verificadas no desempenho da função administrativa do Estado. De fato, muitas políticas públicas já estão definidas pela Carta Política ou pela legislação infraconstitucional, tendo sido cumprida a contento a tarefa legislativa. Impende, então, sejam encontradas vias de controle do agir administrativo, de forma a possibilitar a superação da inércia estatal violadora de direitos e garantias fundamentais (mormente frente à aplicabilidade imediata das normas constitucionais asseguradoras)¹⁵⁰.

Estas últimas, as omissões não normativas, são as que interessam para o presente estudo, na medida em que, como acima exposto, há arcabouço normativo suficiente, seja em nível constitucional, seja no plano legal, para a adoção de ações afirmativas no Brasil, de modo que eventual defeito se cingirá ao plano da exequibilidade dos programas de ação afirmativa, esses ao encargo da Administração Pública.

Com efeito, é evidente que “a despeito da existência de lei, a omissão das autoridades na adoção de diferentes providências administrativas pode dificultar ou impedir a concretização da vontade constitucional”¹⁵¹.

É assim que, pela não ultimação das providências executivas necessárias à efetivação dos comandos já normatizados, a omissão administrativa acaba frustrando as expectativas constitucionais de real fruição dos bens e prerrogativas estabelecidos na Constituição, de modo que “as

¹⁴⁹ SILVA, Reinaldo Pereira e. **O controle de constitucionalidade das omissões administrativas por via de ação direta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 885/2009, Jul / 2009, p. 7.

¹⁵⁰ FERREIRA, Ximena Cardozo. **A possibilidade do controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas relativas à defesa do meio ambiente**. São Paulo: Revista de Direito Ambiental, v. 12, n. 47, jul./set. 2007, p. 172.

¹⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1136.

omissões administrativas identificam-se com o fenômeno da não aplicação, direta ou indireta, das normas constitucionais”¹⁵².

Demonstrado que, em determinadas situações, a omissão não é uma opção à disposição da autoridade pública, pois refutada pelo ordenamento, resta ao prejudicado, nestes casos, socorrer-se do Poder Judiciário para regularização do quadro, prerrogativa assegurada pela cláusula de inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988).

A isto, contudo, são opostos os óbices adredemente mencionados, sendo o primeiro deles o mito da separação de Poderes. Este, entretanto, se remove com a recordação de que a separação das funções de Estado é estabelecida em prol da realização dos misteres estatais, nunca como forma de embargar esses objetivos. No ponto, esclarece Ximena Cardoso Ferreira¹⁵³:

Assim, o modelo tripartite deve ser conformado, em tempos atuais, à forma de Estado a que se encontra vinculada: no Estado Social, diferentemente do ocorrido no Estado Liberal, impõe-se o controle de um Poder sobre o outro como forma de concretização dos objetivos buscados pela ordem constitucional, mormente diante da nova feição prestacional do Estado. [...] Diante da atual conformação do Estado, portanto, não pode a separação de poderes – leia-se repartição do Poder estatal em funções atribuídas a distintos órgãos – obrar como empecilho à realização dos objetivos firmados na Carta Política de 1988.

No tocante a outro dogma, o da discricionariedade, invocado como espécie de escudo contra a sindicabilidade judicial, a mesma autora elucida que o controle dessa espécie de ato é possível, porquanto:

[...] não estão estes intensos à conformação aos princípios de legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, publicidade, moralidade, impessoalidade e eficiência que devem reger a atuação da Administração Pública¹⁵⁴.

¹⁵² SILVA, Reinaldo Pereira e. **O controle de constitucionalidade das omissões administrativas por via de ação direta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 885/2009, Jul / 2009, p.11.

¹⁵³ FERREIRA, Ximena Cardozo. **A possibilidade do controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas relativas à defesa do meio ambiente**. São Paulo: Revista de Direito Ambiental, v. 12, n. 47, jul./set. 2007, p. 157.

¹⁵⁴ FERREIRA, Ximena Cardozo. **A possibilidade do controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas relativas à defesa do meio ambiente**. São Paulo: Revista de Direito Ambiental, v. 12, n. 47, jul./set. 2007, p. 157.

E arremata lembrando que “a discricionariedade, se existente, será sempre vinculada aos princípios constitucionais”¹⁵⁵.

Igual norte segue a preleção de Alexandre de Moraes, admitindo, ainda que de modo excepcional, “o controle jurisdicional da discricionariedade do ato administrativo”, tendo em vista sempre “evitar arbitrariedade e abuso do Poder Público”¹⁵⁶. A discricionariedade não é um salvo-conduto, pois:

Os atos e políticas públicas devem ser objeto de fundamentação, a teor dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição, leis e atos normativos próprios dos órgãos e entidades da Administração Pública¹⁵⁷.

Fora de tais parâmetros, a invalidação se impõe, ainda que a discricionariedade tenha sido exercida de forma omissiva, pela opção de não fazer algo que se apresentava juridicamente impositivo.

Por derradeiro, o orçamento público e seu regramento também não são oponíveis contra a correção judicial das omissões administrativas antijurídicas. Com efeito:

[...] não se pode objetar com a incidência da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), visto que o próprio diploma legal prevê que “não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente” (art. 9.º, § 2.º)¹⁵⁸.

Nesta senda, assentou o Superior Tribunal de Justiça que a “Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo”, de modo que não constitui empecilho à atividade jurisdicional “as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade”, sendo lícita ordem judicial que imponha à Administração o

¹⁵⁵ FERREIRA, Ximena Cardozo. **A possibilidade do controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas relativas à defesa do meio ambiente**. São Paulo: Revista de Direito Ambiental, v. 12, n. 47, jul./set. 2007, p. 163.

¹⁵⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 141.

¹⁵⁷ MORAES, Guilherme Peña. **Controle judicial das omissões da administração pública sob a perspectiva do neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público, n. 39, jan./mar. 2011, p. 49.

¹⁵⁸ FERREIRA, Ximena Cardozo. **A possibilidade do controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas relativas à defesa do meio ambiente**. São Paulo: Revista de Direito Ambiental, v. 12, n. 47, jul./set. 2007, p. 171.

dever de destinar verba do orçamento para atendimento de ordem judicial tendente à efetivação de política pública¹⁵⁹.

Sob mesmo enfoque, e conferindo exemplos de como a correção judicial da omissão administrativa pode se operar, ensina Josélia Nogueira Broliani¹⁶⁰:

Remanejando receita de outra fonte, ou da mesma fonte destinada à conservação do patrimônio público, ou à duplicação/conservação de rodovias, para atender essa despesa. Sentenças judiciais são exceções na LRF, porque devem ser atendidas em nome do Estado Democrático de Direito, logo, seja pelo remanejamento, seja pela suplementação, a despesa será realizada, pois o Executivo dispõe de meios e instrumentos formais para atender a ordem judicial. Conseqüentemente, não deve prevalecer o entendimento de que o Judiciário não pode determinar despesas, ações, políticas públicas, se não previstas na Lei Orçamentária. As leis orçamentárias são apenas instrumentos, de natureza formal e não material, admitindo alterações, readequações e inclusões por determinação judicial.

Na realidade, o argumento *ad terrorem* de embaraço ou paralisação da atividade administrativa deve ser analisado concretamente, com dados fidedignos e sem perder de vista que, em último caso, “se não houver condições de atender a ordem judicial no mesmo exercício, que se inclua a despesa na lei orçamentária do exercício seguinte”, haja vista que “as leis orçamentárias são elaboradas no exercício anterior ao de sua vigência, o que possibilita que a ordem judicial seja incluída no planejamento”¹⁶¹

Com estas reflexões, pode-se concluir o exame deste ponto reconhecendo-se a viabilidade – e até certa naturalidade- do controle judicial das omissões administrativas, uma vez que, como lembra Bandeira de Mello¹⁶²,

¹⁵⁹ Superior Tribunal de Justiça, REsp 429.570/GO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2003, DJ 22/03/2004, p. 277.

¹⁶⁰ BROLIANI, Josélia Nogueira. **O Controle Judicial nas Omissões no Planejamento Financeiro**. Belo Horizonte : Revista de Direito Administrativo e Constitucional, ano 5, n. 21, jul. 2005, p. 7.

¹⁶¹ BROLIANI, Josélia Nogueira. **O Controle Judicial nas Omissões no Planejamento Financeiro**. Belo Horizonte : Revista de Direito Administrativo e Constitucional, ano 5, n. 21, jul. 2005, p. 8.

¹⁶² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discretionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 94.

“a atividade administrativa é ‘atividade de quem não é proprietário’, e por isso de quem carece da possibilidade de atuar a seu libito ou inconsequentemente”.

E, sendo assim, é da essência da atividade jurisdicional, por decorrência do princípio da inafastabilidade, aferir se a atividade administrativa se operou dentro dos seus limites, nos casos de ato comissivo; e de suas imposições, em caso de omissão.

Quanto a estas, aliás, é de se rememorar a relevância jurídica atribuída à omissão administrativa, de tal modo que:

O silêncio estaria para a decisão administrativa assim como a mora está para o pagamento. Aliás, a caracterização do silêncio não deixa de ser o reconhecimento de uma mora administrativa¹⁶³.

No tocante às políticas públicas, em especial, é de se frisar que, sendo estas “resumidas às condutas da Administração Pública dirigidas à consecução de programas enumerados em normas constitucionais ou legais”, estão “sujeitas ao controle judicial no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados”¹⁶⁴.

Com clareza ímpar, pontua Juarez Freitas¹⁶⁵ que não somente é possível o controle judicial da Administração, mas verdadeira imposição decorrente do regime democrático:

No contexto brasileiro, releva assimilar que a escolha administrativa, operada com multicritérios pelo administrador eficiente e eficaz, pressupõe a contrapartida de sindicabilidade imparcial, dado que são inaceitáveis, em ordem democrática, o enviesamento do controle. [...] Vai daí que não merece prosperar a escolha administrativa que não se mostra justificável, empírica e juridicamente. A escolha administrativa (baseada em juízos de qualidade) pode até não ser, no geral das vezes, diretamente

¹⁶³ PACHECO, Clarissa Dertonio de Souza. **O controle jurisdicional do silêncio administrativo**. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2008, p. 120. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-23022012-131518/publico/Clarissa_Dertonio_de_Souza_Pacheco.pdf. Acesso em: 14 Abr. 2016.

¹⁶⁴ MORAES, Guilherme Peña. **Controle judicial das omissões da administração pública sob a perspectiva do neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público, n. 39, jan./mar. 2011, p. 47.

¹⁶⁵ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa: O controle das prioridades constitucionais**. Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 18 - n. 3, set-dez 2013, p. 424-425.

controlável, mas o vício ou o demérito será sempre sindicável.

Evidentemente, este controle não pode representar usurpação das tarefas reservadas com exclusividade ao administrador público, o que ocorreria se o Judiciário, ao invés de avaliar o que seria o juridicamente correto, passasse a emitir juízo de valor sobre qual a melhor escolha dentre as autorizadas pela norma.

Neste campo, enfatiza Juarez Freitas a postura judicial que não macula a ordem constitucional, seja por não violar a separação de Poderes, seja por não declinar do exercício dos misteres reservados pela Constituição à jurisdição:

Nesse passo, o controle judicial haverá de ser (além de “legislador negativo”) o de “administrador negativo”, exercendo o veto à antijuridicidade dos atos administrativos em geral. Com efeito, se é certo que o Poder Judiciário não pode substituir (em regra) o administrador (sem prejuízo do art.461, do CPC), resulta obrigado a emitir juízo sobre como não deve ser a sua conduta (comissiva ou omissiva), desmistificada a posição escapista de outros tempos¹⁶⁶.

Logo, uma vez estabelecida a viabilidade do controle dos atos e omissões administrativos, nos limites ditados pela harmonia e separação de Poderes, resta demonstrar a possibilidade do manejo da ação civil pública como instrumento para operacionalizar este controle.

2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO MECANISMO IDÔNEO À SUPRESSÃO DE OMISSÕES ADMINISTRATIVAS

Visto que a omissão administrativa em dar cumprimento a comando constitucional ou legal assume feições de injuridicidade, passível de correção pela via judicial, é de se pontuar o papel que pode ser atribuído à ACP nesta seara.

¹⁶⁶ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa:** O controle das prioridades constitucionais. Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 18 - n. 3, set-dez 2013, p. 424-425.

Em primeiro lugar, deve-se destacar a praticidade do manejo deste instrumento na salvaguarda dos grupos contra as omissões administrativas. Tal decorre da simplicidade de rito, da multiplicidade de legitimados ativos e da facilidade de acesso à jurisdição, uma vez que a ACP é, de regra, isenta de despesas processuais e sempre da competência do juiz de primeiro grau, mais próximo da realidade dos fatos e das partes em litígio.

Com efeito, a Constituição de 1988 prevê mecanismos de controle de omissões inconstitucionais, de competência da Corte Constitucional, tão ou mais eficazes para a mesma finalidade aqui versada, tais a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental ou o Mandado de Injunção contra omissão regulamentar das altas autoridades da República.

Contudo, referidos processos se revelam, na prática, mais onerosos e de difícil manejo por entidades menos aparelhadas e estruturadas, o que não se verifica em relação à ACP.

Nesta senda, forçoso reconhecer ser a ACP mecanismo de defesa coletiva propenso ao efetivo alcance da garantia do amplo acesso à justiça. Consoante preleciona Hugo Filardi¹⁶⁷:

Verificamos, então, que a tutela coletiva, e, em especial, a Ação Civil Pública guarda direta relação com a democratização do acesso à justiça, já que esta deve ser utilizada como meio de economia judicial e processual, impossibilitando que demandas muito dificultosas sirvam como óbice ao direito de ação [...].

Em adição, ressalta Filardi que “o princípio da isonomia também é observado quando a Ação Civil Pública permite que partes em desnível econômico, jurídico e técnico possam litigar no mesmo patamar”¹⁶⁸.

Note-se, assim, que a ACP é meio pelo qual se opera com efetividade a garantia da inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), pois, através dela, se faz possível reparar lesão a direito, ainda que omissiva, praticada pela Administração, resultado que de outro modo

¹⁶⁷ FILARDI, Hugo. **Ação civil pública e acesso à justiça**. São Paulo: Revista de Processo, ano 31, mar. 2006, p. 28.

¹⁶⁸ FILARDI, Hugo. **Ação civil pública e acesso à justiça**. São Paulo: Revista de Processo, ano 31, mar. 2006, p. 28.

difícilmente seria atingido. E sem que com isto se esteja violando prerrogativas do Poder recalcitrante.

Com efeito, adverte Germana de Oliveira Moraes¹⁶⁹ que “no Direito Brasileiro, os princípios da inafastabilidade jurisdicional e da separação de poderes são perfeitamente compatíveis entre si”.

E esclarece que quando a atuação administrativa, ainda que permeada por margem de discricionariedade, resultar em lesão ou ameaça a direito:

[...] é sempre cabível o controle jurisdicional, seja à luz do princípio da legalidade, seja em decorrência dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, de publicidade, impessoalidade e da moralidade, seja por força do princípio constitucional da igualdade, ou dos princípios gerais de Direito da razoabilidade e da proporcionalidade, para o fim de invalidar o ato lesivo ou ameaçador de direito¹⁷⁰.

Nesta mesma linha, porém tratando especificamente de omissões indevidas, já assentou o Superior Tribunal de Justiça¹⁷¹ que a ação civil pública é mecanismo legítimo para superar omissão administrativa, quando envolvida violação a direito coletivo constitucionalmente assegurado, sem que isto implique invasão, pelo Judiciário, do espectro de atuação reservado aos outros Poderes. Veja-se:

[...] 1. Ação civil pública de preceito cominatório de obrigação de fazer, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina tendo vista a violação do direito à saúde de mais de 6.000 (seis mil) crianças e adolescentes, sujeitas a tratamento médico-cirúrgico de forma irregular e deficiente em hospital infantil daquele Estado. [...] **6. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração.** Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese

¹⁶⁹ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 110.

¹⁷⁰ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 111.

¹⁷¹ REsp 577.836/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2004, DJ 28/02/2005, p. 200.

que vise afastar a garantia pétrea. 7. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à saúde das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais. [...] 10. **Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.** 11. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. **Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.** [...] ¹⁷²

Na mesma esteira, e com clareza singular, a mesma Corte reafirmou que a ACP é meio idôneo para correção de omissões administrativas, tarefa na qual “Não invade o Poder Judiciário a esfera de competências do Executivo quando julga violação objetiva de lei, ainda quando se discute omissão por parte da administração pública” ¹⁷³.

O STJ¹⁷⁴, inclusive, reconhece a pertinência do manejo de ACP para atacar omissão administrativa permeada por discricionariedade, pondo em xeque, deste modo, antigo pilar contra a revisibilidade dos atos (e omissões) do poder público:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do

¹⁷² Sem grifos no original.

¹⁷³ REsp 1499927/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 05/02/2016.

¹⁷⁴ REsp 493.811/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2003, DJ 15/03/2004, p. 236.

Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido.

Repise-se, por essencial, que a supressão de omissões do poder público em implementar ação afirmativa já prevista no ordenamento, por via da ACP, não representa qualquer risco de invasão da seara reservada aos Poderes Legislativo ou Executivo, pois tal é decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Rememore-se, também, que este estudo se debruça sobre as hipóteses em que atividade legislativa, seja pelo Constituinte, seja pelo legislador ordinário, já fora exercida, com determinação da adoção de ações afirmativas em temas específicos.

Deste modo, inexistente risco de invasão na esfera reservada ao Executivo, uma vez que este, por estar sob o influxo de normas cogentes da Constituição e das Leis, não ostenta espaço para não agir, ou seja, para deixar de implementar as ações afirmativas que já estão previstas na Constituição ou nas Leis.

Como lembra Maurizio Fioravante, ao exercer o controle de constitucionalidade de atos (ou omissões) de outros Poderes, não usurpa o Judiciário a função daqueles, mas age no estrito cumprimento de sua função precípua de garante da vontade constitucional. Diz o autor italiano¹⁷⁵:

*Los jueces – en el momento en que declaran nula una ley contraria a la constitución – no están afirmando su superioridad sobre el legislativo, sino que son instrumentos de la constitución, que se sirve de ellos con la finalidad de reafirmar la superioridad de la ley fundamental sobre las leyes ordinarias, del poder originario del pueblo entero sobre el poder derivado del legislador, de las asambleas políticas, de la mayoría de turno*¹⁷⁶.

¹⁷⁵ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la antigüedad a nuestros días**. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2007, p. 109.

¹⁷⁶ Os juízes - no momento em que declaram nula uma lei contrária à constituição - não estão afirmando sua superioridade sobre o legislativo, mas servindo de instrumentos da constituição, que se vale deles com a finalidade de reafirmar a superioridade da lei fundamental sobre as leis ordinárias, do poder originário do povo inteiro sobre o poder derivado do legislador, das assembleias políticas, da maioria de ocasião.

Dito de outra maneira, se caso o Poder Executivo recalcitrar em implantar programa afirmativo previsto no ordenamento, não estará ele agindo em sua esfera própria de atribuições, mas violando dever normativo que sobre si pesa, o que legitima, e impõe, a correção pela via jurisdicional¹⁷⁷.

Ainda, é de se frisar que o controle de constitucionalidade aqui defendido, de omissões inconstitucionais do poder público, por ser feito na via do controle difuso e *incidenter tantum*, não representa qualquer usurpação das competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal. Assim leciona Eduardo de Albuquerque Parente¹⁷⁸:

Esse exercício de poder-dever do juiz, ao simplesmente afastar determinada norma da aplicação concreta, por colidir com a Constituição, é corolário do princípio constitucional da supremacia da Constituição, que autoriza (na verdade, impõe) ao juiz essa atividade, assim como o princípio do acesso à justiça, ao trazer que ‘a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ [...]. Ao reverso do que ocorre no controle concentrado, ele aqui é feito de forma *incidenter tantum*, reflexiva, integrando as razões e não o decisório, e, por consequência, não formando coisa julgada.

Destarte, afastado qualquer receio de invasão na esfera reservada a outros Poderes, ou mesmo risco de usurpação das competências da Corte Suprema, e face à maior simplicidade de manejo, por número significativo de legitimados ativos, desponta a ACP como importante mecanismo de supressão das omissões inconstitucionais.

¹⁷⁷ Não se propugna aqui o fortalecimento dos comandos normativos existentes, mas eventualmente reputados insuficientes, situação que embora polêmica, é tida como admissível, ainda que excepcionalmente: “[...] Somente em situações excepcionais se pode conceber o estabelecimento, por ação judicial, de regra geral, que se sobreponha a regra legal já existente, prevendo sanção suplementar àquela já concebida pelo legislador. Precedentes deste Tribunal [...] (TRF4, APELREEX 5003493-31.2013.404.7004, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Ricardo Teixeira do Valle Pereira, juntado aos autos em 23/02/2016)”. O que se ora se defende é a possibilidade de supressão, via ACP, de uma omissão completa do Poder Executivo, marcada pela ilicitude, porquanto presente comando expresso a determinar uma ação comissiva, tendente à efetivação de determinado plano afirmativo.

¹⁷⁸ PARENTE. Eduardo de Albuquerque. **Ação Civil Pública e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual, n. 55, out. 2007, p. 73.

3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ASPECTOS PROCESSUAIS

A Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil pública – ACP) dispõe sobre mecanismo de tutela coletiva do meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, histórico turístico e paisagístico e infrações da ordem econômica.

Seu espectro protetivo vem sendo ampliado por legislação superveniente, tendo a Lei 12.966/2014 incluído entre seus objetos a proteção da honra e dignidade de grupos raciais, étnicos e sociais; e a Lei 13.004/2014 agregado a defesa do patrimônio público e social.

Ainda, por força de modificação operada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), fora agregada ao espectro da ação civil pública a tutela de qualquer direito difuso ou coletivo.

Aliás, por força do disposto nos artigos 90, do CDC e 21, da Lei 7.347/95, tem-se, pela via da ação civil pública (ou ação coletiva¹⁷⁹), um sistema integrado de processo coletivo, destinado à tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos¹⁸⁰. Ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maira de Andrade Nery¹⁸¹:

Pelo CDC 90, são aplicáveis às ações fundadas no sistema do CDC as disposições processuais da LACP. Pela norma ora comentada, são aplicáveis às ações ajuizadas com fundamento na LACP as disposições processuais que encerra todo Título III do CDC, bem como as demais disposições processuais que se encontram pelo corpo do CDC, como, por exemplo, a inversão do ônus da prova (CDC 6º VI). Este instituto, embora se encontre topicamente no Título I do Código, é disposição processual

¹⁷⁹ Denominação adotada por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart para designar o instrumento processual decorrente da conjugação da Lei da ACP e do CDC (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 723.

¹⁸⁰ Este sistema de tutela coletiva é complementado pela Lei 4.717/65, que institui a Ação Popular. Impende frisar que: “Embora o mesmo fato possa ensejar o ajuizamento simultâneo de ação civil pública e ação popular, as finalidades de ambas as demandas não se confundem. Uma ação não se presta a substituir a outra. Tendo em vista a redação do art. 11 da Lei n. 4.717/65, a ação popular é predominantemente desconstitutiva, e subsidiariamente condenatória (em perdas e danos). A ação civil pública, por sua vez, como decorre da redação do art. 3º da Lei n. 7.347/85, é preponderantemente condenatória, em dinheiro ou em obrigação de fazer ou não fazer” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 175).

¹⁸¹ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 1.447.

e, portanto, integra ontológica e teleologicamente o Título III, isto é, a defesa do consumidor em juízo. Há perfeita sintonia e interação entre os dois sistemas processuais, para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Trata-se de inovação processual que se adequou à transformação havida na natureza dos direitos, antes tidos por meramente individuais, para os quais o sistema processual tradicional fora criado e se mostrava suficiente.

Na modernidade, os direitos passam a se afigurar também transindividuais, próprios da sociedade de massa, na qual certas relações são aptas a gerar lesões de ampla magnitude, que transcendem a esfera do indivíduo para alcançar categorias amplas de pessoas ou mesmo a sociedade como um todo, sem ser possível delimitar precisamente, em alguns casos, os sujeitos efetivamente lesados.

As lesões acarretadas a grupos beneficiários de ação afirmativa, decorrentes da não implantação, pela Administração, de planos previstos no ordenamento jurídico, se inserem nesse contexto de violação em massa de direitos, pois os impactos desbordam da mera violação a direito de certo indivíduo, repercutindo sobre todo o grupo lesado.

Nesta dimensão, dos direitos de grupo, a tutela processual tradicional se mostra insuficiente para responder a essa nova categoria de prerrogativas e às violações que se seguem, demandando novos mecanismos, consentâneos com o tipo de direito a ser efetivado pela via judicial.

Em resumo, a ação civil pública é instrumento que se presta à defesa de qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo¹⁸², categorias que são definidas pelo CDC (art. 81) como:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza

¹⁸² “Em verdade, não se trata de uma única ação, mas sim de um conjunto aberto de ações, de que se pode lançar mão sempre que se apresentem adequadas para a tutela desses direitos. Nesse sentido, claramente estabelece o art. 83 do CDC que, para a defesa dos direitos difusos e coletivos, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela. Portanto, não se pode dizer, realmente, que exista uma ação coletiva. Existe, isto sim, uma categoria de ações, que recebem todas o rótulo de ‘ação coletiva’, mas que se mostram distintas entre si com as peculiaridades de cada direito carente de tutela” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 731).

indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Para efeito de distinguir cada uma das três espécies de direitos coletivos são propostos alguns critérios básicos, quais sejam:

(a) titularidade, que define se o direito pertence a uma comunidade (direitos difusos), coletividade (direitos coletivos em sentido estrito) ou a um grupo de indivíduos homogeneamente considerados (direitos individuais homogêneos); (b) divisibilidade, ou seja, se o direito é divisível entre seus titulares (caso dos direitos individuais homogêneos) ou não (direitos difusos e coletivos em sentido estrito); (c) origem, que indica se os titulares do direito estão ligados por uma mesma situação de fato (direitos difusos e individuais homogêneos) ou por uma relação jurídica base (direitos coletivos em sentido estrito)¹⁸³.

No que tange aos direitos coletivos *strictu sensu*, objeto primordial deste estudo, pois assim classificados os direitos passíveis de ser tutelados via ação afirmativa, esclarecem Marinoni e Arenhart¹⁸⁴:

Portanto, ao contrário do que ocorre com os direitos difusos, os coletivos permitem que se identifique, em um conjunto de pessoas, um núcleo determinado de sujeitos como “titular”. Não interessa se esse grupo é ou não organizado. O que importa realmente é a existência de um agrupamento identificável, como titular do interesse (por exemplo, os consumidores, os aposentados, os contribuintes etc.), não sendo necessário que todos estejam inseridos em associação, sindicato ou outro órgão representativo. Esse órgão será efetivamente legitimado a propor a ação, mas os efeitos da tutela abrangerão a todos os que pertençam ao grupo, independentemente de estarem ou não vinculados ao organismo.

¹⁸³ DONIZETTI, Elpídio. **Ações constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 210.

¹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 725.

Quanto à legitimidade para propor a ACP, é conferida (art. 5º da LACP) ao Ministério Público; à defensoria pública; à União, Estados, Distrito Federal e Municípios; à autarquia, empresa pública, fundações e sociedades de economia mista; e às associações que estejam constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e que possuam entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico¹⁸⁵.

O Ministério Público¹⁸⁶ tem papel de destaque na Lei da ACP, porquanto deve: a) intervir sempre, senão como autor, como fiscal da Lei (art. 5, § 1º); b) prosseguir na ação, como autor, em caso de desistência do autor original (art. 5, §3º); c) promover a execução do julgado, em caso de omissão da associação autora (art. 15). Além disso, pode o *parquet*:

[...] instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis¹⁸⁷.

A legitimidade ativa das entidades e órgãos mencionados no artigo 5º é concorrente, estando qualquer destes autorizados a manejar a ação; e disjuntiva, de modo que podem ou não atuar em litisconsórcio ativo.

Impende notar, neste tema, que o art. 5º, §, 5º, da Lei 7.347/85 autoriza o “litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do

¹⁸⁵ Para a atuação judicial da associação, dispensa-se autorização assemblear: art. 82, IV, do CDC.

¹⁸⁶ No que toca à defesa de direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público, a par do dissídio doutrinário do tema, o Superior Tribunal de Justiça tem sido por sua admissibilidade, desde que marcados pela indisponibilidade ou “presente a relevância social dos interesses defendidos, consubstanciada na transcendência dos efeitos à esfera de interesses individuais” (AgRg no REsp 1411444/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 13/11/2015). Também o Supremo Tribunal Federal segue esta linha, consoante se vê do julgamento do RE 631.111/GO, Plenário, Relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 07.08.2014, publicado em 30.10.2014.

¹⁸⁷ Art. 8, § 1º da LACP.

Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei”¹⁸⁸.

Note-se que, tratando-se de ACP que virtualmente impugnará omissão da Administração em dar concretude à ação afirmativa, intuitivo que a mesma não seja exercida pela União, Estado ou Município, mas que decorra da iniciativa do Ministério Público ou de associação que tenha por finalidade defender interesses do grupo beneficiário do programa sonegado.

Já quanto à competência para o processo, fixa-se em função do local em que verificado o dano (art. 2º da LACP). Trata-se de competência absoluta, que põe em destaque a proximidade do juiz da causa com o local em que sentida a lesão, tendo por pressuposto que tal proximidade facilita a colheita de provas e maior aproximação do julgador com as especificidades da demanda.

A Justiça competente será sempre a comum, estadual ou federal, esta última quando a causa versar sobre interesse da “União, entidade autárquica ou empresa pública federal” (art. 109, I, da Constituição Federal).

Em superação de entendimento anterior, que era consolidado no Enunciado de Súmula 183, do STJ¹⁸⁹, não sendo o local do dano sede da Justiça Federal, a causa será julgada pela Subseção Judiciária federal com competência sobre o município em que se verifique a lesão, não mais sendo admitida a delegação de competência à comarca estadual sediada no mesmo local.

¹⁸⁸ “PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL - POSSIBILIDADE - § 5º, DO ART. 5º DA LEI 7.347/85 - INOCORRÊNCIA DE VETO - PLENO VIGOR.

1. O veto presidencial aos arts. 82, § 3º, e 92, § único, do CDC, não atingiu o § 5º, do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública. Não há veto implícito.

2. Ainda que o dispositivo não estivesse em vigor, o litisconsórcio facultativo seria possível sempre que as circunstâncias do caso o recomendassem (CPC, art. 46). O litisconsórcio é instrumento de Economia Processual.

3. O Ministério Público é órgão uno e indivisível, antes de ser evitada, a atuação conjunta deve ser estimulada. As divisões existentes na Instituição não obstam trabalhos coligados.

4. É possível o litisconsórcio facultativo entre órgãos do Ministério Público federal e estadual/distrital.

5. Recurso provido.

(REsp 382.659/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2003, DJ 19/12/2003, p. 322)”

¹⁸⁹ “Compete ao juiz estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara da justiça federal, processar e julgar ação civil publica, ainda que a união figure no processo”. Esta Súmula fora cancelada quando do julgamento dos Embargos de Declaração no Conflito de Competência 27.676-BA, Primeira Seção, 08/11/2000.

O art. 93 do CDC estabelece, a seu turno, que, sendo o dano de magnitude nacional ou regional, a competência será de Vara da capital do Estado ou do Distrito Federal.

O procedimento da ação segue o procedimento comum do Código de Processo Civil (CPC), com peculiaridades decorrentes da incidência de regramentos especiais estampados na Lei da ACP e no CDC.

É prevista a possibilidade de concessão de medida liminar¹⁹⁰ (art. 12), contra a qual, além do recurso de agravo, admite-se a interposição da impugnação denominada “suspensão de liminar”, endereçada ao Presidente do Tribunal competente para apreciar recursos de decisões do prolator da liminar.

Segundo a sistemática desta impugnação, a pessoa de direito público interessada na suspensão da liminar pode pedir sua sustação, sob fundamento de “evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública” (art. 12, §1º).

Anote-se que a suspensão da liminar não pressupõe *error in iudicando* ou *in procedendo*, bastando a demonstração de real possibilidade de embaraço à atividade administrativa, ainda que sob enfoque meramente econômico.

A liminar, bem assim a decisão de mérito, quando tendente ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, ordenará:

[...] o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor¹⁹¹.

Fixada multa como meio coercitivo ao cumprimento da decisão, “só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor,

¹⁹⁰ Sobre concessão de liminares contra o poder público, rememore-se as restrições contidas na Lei 8.437/92: “Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. [...]§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação. [...]§ 5º Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários”. Outrossim, a liminar só poderá ser concedida após prévia oitiva do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que terá 72 horas para se manifestar (art. 2º).

¹⁹¹ Art. 11 da Lei da ACP.

mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento” (art. 12, § 2º da Lei da ACP).

Ressalte-se que, por força do art. 84 do CDC, a prioridade é pela tutela específica do direito, mediante inibição da lesão ou sua recuperação efetiva, sendo a conversão do dano em perdas e danos medida subsidiária, para quando impossível a tutela específica do direito ou obtenção de resultado prático equivalente.

O CDC também possibilita o uso de outras medidas coercitivas além da multa, “tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial” (art. 84, § 5º).

Estas disposições se mostram muito úteis à efetivação de ação afirmativa por ventura sonogada pela Administração, na medida em que permitem resposta célere (liminar) e dotada de instrumentos de pressão com potencial de influir sobre o ânimo da autoridade omissa, no sentido de demovê-la da omissão.

Em caso de condenação em dinheiro, o produto arrecadado reverterá a um “fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade”, ficando destinado o valor arrecadado “à reconstituição dos bens lesados” (art. 13 da Lei da ACP).

Caso a condenação se refira a dano decorrente de ato de discriminação étnica, o valor respectivo reverterá ao mesmo fundo, mas deverá ser utilizado “para ações de promoção da igualdade étnica” (art. 13, § 2º da Lei da ACP).

No que diz com os efeitos da sentença, o art. 16, da Lei 7.347/85, com redação dada pela Lei 9.494/97, limita seu alcance aos “limites da competência territorial do órgão prolator”.

São severas as críticas à impropriedade desta limitação, em primeiro lugar, em face da interação da Lei da ACP com o CDC, que faria da disposição

ineficaz, uma vez que não revogado o art. 103, do CDC, o qual não alberga tal restrição. Nesta linha o magistério de Ada Pelegrini Grinover¹⁹²:

Desconhecendo a interação entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, assim como muito dos dispositivos destes, acreditou que seria suficiente modificar o art. 16 da Lei 7.347/85 para resolver o problema. No que se enganou redondamente. Na verdade, o acréscimo introduzido ao art. 16 da LACP é ineficaz.

Além disso, a pretendida limitação é tecnicamente incorreta, como bem ilustra André de Carvalho Ramos¹⁹³:

A Lei 9.494/97, que converteu em lei a Medida Provisória 1.570 é inócua. A competência territorial serve apenas para fixar a competência do juízo. Os efeitos da decisão do Juiz são limitados somente, como frisei pelo objeto do pedido, que quando for relativo aos interesses transindividuais, atingem a todos os que se encontrem na situação objetiva em litígio, não importando onde o local de seu domicílio.

Bem por isto acabou o STJ, no julgamento do Recurso Especial 1.243.887/PR¹⁹⁴, apreciado sob a sistemática dos recursos repetitivos, por sufragar entendimento que supera referida limitação. O voto condutor, da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão, pôs a questão em bons termos:

A bem da verdade, o art. 16 da LACP baralha conceitos heterogêneos - como coisa julgada e competência territorial - e induz a interpretação, para os mais apressados, no sentido de que os "efeitos" ou a "eficácia" da sentença podem ser limitados territorialmente, quando se sabe, a mais não poder, que coisa julgada - a despeito da atecnia do art. 467 do CPC - não é "efeito" ou "eficácia" da sentença, mas qualidade que a ela se agrega de modo a torná-la "imutável e indiscutível".

É certo também que a competência territorial limita o exercício da jurisdição e não os efeitos ou a eficácia da sentença, os quais, como é de conhecimento comum, correlacionam-se com os "limites da lide e das questões

¹⁹² GRINOVER, Ada Pelegrini, *apud* ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 168.

¹⁹³ RAMOS, André de Carvalho. **A abrangência de decisões judiciais em ação coletivas: o caso da Lei 9.494/97**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 755, p. 119.

¹⁹⁴ Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011.

decididas" (art. 468, CPC) e com as que o poderiam ter sido (art. 474, CPC) - *tantum judicatum, quantum disputatum vel disputari debebat*.

Deste modo, resolvendo a demanda eventual questão atinente à ação afirmativa, a solução conferida alcançará a todo o grupo beneficiário, independente das regras de repartição de competência territorial que disciplinem a jurisdição do prolator.

Quanto aos recursos cabíveis, são admissíveis os mesmos previstos no CPC (art. 19, da Lei da ACP), com a peculiaridade que não têm, em regra, efeito suspensivo, de modo que a sentença comporta execução provisória (art. 14).

A coisa julgada é regida pelo art. 103, do CDC e tem seus efeitos definidos em função da espécie de direito posto em causa. Em se tratando de direito difuso, a coisa julgada material se opera *erga omnes*, salvo improcedência por insuficiência de provas. Sendo o direito titularizado por toda a coletividade, é de sua essência que a força declaratória da sentença a todos alcance.

A ressalva é a improcedência por insuficiência de provas, pois a coletividade não poderia ficar à mercê de uma atividade desidiosa do substituto processual. Com nova prova, inclusive já existente à época da anterior ação, a demanda pode ser proposta novamente.

Para os direitos coletivos *strictu senso*, a coisa julgada se faz *ultra partes*, alcançando toda a categoria ou grupo substituído no processo, ainda que não haja vinculação formal dos membros do grupo substituído ao ente substituto. Do mesmo modo que ocorre com os direitos difusos, não se forma coisa julgada se o pedido for improcedente por insuficiência de provas.

Nesses dois primeiros casos, diz-se que a coisa julgada é *secundum eventum litis*, pois depende de circunstâncias da causa; e *secundum eventum probationis*, já que depende do sucesso da prova¹⁹⁵.

Em relação aos direitos individuais homogêneos, a coisa julgada será *erga omnes* somente quando procedente o pedido. É, pois, *secundum eventum*

¹⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 745.

litis. No caso de improcedência, há coisa julgada, que não será, todavia, oponível *erga omnes*. É o que resulta do art. 103, § 2º:

Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

Logo, os titulares de direito individual que não tiverem participado como litisconsortes da ação coletiva julgada improcedente poderão propor sua própria demanda, não lhes prejudicando a coisa julgada formada na ação anterior.

Porém, em tendo sido a demanda coletiva procedente, os autores de ação individual só se beneficiarão da coisa julgada coletiva quando, cientes do ajuizamento daquela, hajam pedido a suspensão da ação individual em 30 dias (art. 104, do CDC). A este aproveitamento na ação individual da coisa julgada formada no processo coletivo se chama transporte da coisa julgada *in utilibus*¹⁹⁶.

De outro norte, é de se mencionar que inexistente litispendência em demandas que versem sobre direitos difusos e coletivos, em relação a eventuais direitos individuais relacionados, haja vista a titularidade e natureza distinta entre ambos.

Os direitos, em sua essência, são distintos. Por exemplo, a lesão ao meio ambiente sadio, por derramamento de óleo, por exemplo, não se confunde com a lesão patrimonial experimentada pelo indivíduo que teve sua atividade produtiva afetada pelo mesmo fato.

Pode haver, todavia, litispendência entre duas ações coletivas. Neste caso, embora propostas por legitimados distintos, releva o fato de que a parte material é a mesma (coletividade ou grupo substituído).

Em relação aos direitos individuais homogêneos, embora a ação coletiva veicule a mesma pretensão dedutível em ação individual, a lei exclui a litispendência entre as demandas. No entanto, sujeita o aproveitamento do

¹⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 747.

resultado de procedência da ação coletiva à prévia manifestação do autor da ação individual, uma vez cientificado daquela (art. 104, CDC).

Por derradeiro, registre-se que não há adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais ou qualquer outra despesa, nem condenação da associação autora em honorários advocatícios, salvo comprovada má-fé no manejo da ação (art. 18 da Lei da ACP).

Neste caso, “a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas”, resguardada, ainda, a possibilidade de responsabilização por eventuais perdas e danos (art. 87, parágrafo único do CDC).

Embora não seja explícito o art. 18 da Lei 7.347/85, firmou-se o entendimento no STJ de que o Ministério Público também não responde por verbas sucumbenciais, uma vez que age em nome e em defesa da sociedade, salvo comprovada má-fé, caracterizada pelo manejo abusivo da ação¹⁹⁷.

4. A TUTELA DOS DIREITOS SOCIAIS PELA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Como visto acima, a ação civil pública teve seu espectro de proteção ampliado ao longo do tempo, relevando notar, para os fins deste estudo, que pode alcançar a tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo, inclusive a defesa da honra e dignidade de grupos raciais e étnicos.

Eis aqui a porta de acesso à tutela coletiva dos direitos de grupos minoritários contemplados pelo ordenamento com ações afirmativas, tais os negros, indígenas, mulheres, pessoas com deficiência, estudantes carentes etc.

A definição de grupo parte do marco legal estampado no CDC, art. 81, II, que atribui a titularidade do bem jurídico a uma coletividade determinável, em relação à qual existe liame jurídico ligando seus membros ou

¹⁹⁷ REsp 178.088/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/08/2005, DJ 12/09/2005, p. 261.

estes com a parte contrária. Leciona Arnaldo Rizzardo¹⁹⁸ que grupo consiste em:

[...] categoria delimitada de pessoas que têm algo em comum, ou que estão numa mesma situação de fato, num âmbito mais restrito que as afetadas por ofensa aos interesses difusos, seja por que molestadas pela ação do homem, ou porque atingidas por um tratamento contratual iníquo, e, assim, os funcionários de uma entidade que lhes exige a prestação de trabalho em regime escravo, os indivíduos contaminados por substância tóxica, os consumidores de um produto que apresente defeito. [...] Envolvem grupos individuados de pessoas, que se destacam ou se localizam por certas características, como as que habitam determinada região, ou as que adquiriram certo produto. As pessoas atingidas têm algum elemento comum, e, assim, a prestação da mesma atividade, o padecimento de efeitos iguais dada a ingestão do ar ou de substâncias novivas, a lesão decorrente de produto imprestável.

Além disso, esclarece que os interesses coletivos não são a soma de interesses individuais, “mas uma nova realidade, uma categoria, um valor comum e de todos que se persegue ou se busca, uma abstração geral de valores de uma comunidade”¹⁹⁹. Logo, revela um interesse de índole coletiva, não fracionável entre os membros da coletividade, mas titularizado por esta enquanto tal²⁰⁰.

No caso das ações afirmativas, a relação jurídica base consiste nas normas, constitucionais ou legais, que determinam tratamento mais favorável aos que se acham em situação de desigualdade fática. O bem jurídico a que fazem jus é justamente este tratamento mais favorável, jungido a tratar desigualmente aos desiguais.

Com efeito, se deve inferir certa identidade (de interesses, direitos ou obrigações) entre os componentes do grupo, a partir de determinada relação

¹⁹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 78-79.

¹⁹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 79.

²⁰⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 80.

jurídica que atribua prerrogativa ou dever a toda coletividade, não aos seus membros isoladamente.

Neste contexto, é possível classificar os beneficiários de ação afirmativa como grupo (de negros, de mulheres, de pessoas com deficiência, etc), porquanto destinatários, enquanto coletividade, de uma proteção estatal destinada a remover obstáculos à plena fruição dos bens da vida por parte daquela coletividade.

Certo que por via reflexa os indivíduos da categoria serão ao final beneficiados com o tratamento favorável juridicamente estabelecido. Mas este é estipulado em função da coletividade, não de cada indivíduo isoladamente, porquanto fora referida coletividade quem sofrera os efeitos da discriminação e, por tal razão, é eleita como merecedora de mecanismos de desigualização destinados a suplantar os efeitos deletérios do tratamento desigual.

Caso esta prerrogativa igualizatória, conquanto devidamente positivada, lhes seja negada, a cláusula constitucional da inafastabilidade da jurisdição os faz legitimados a reclamar em juízo a observância das normas violadas. E tal se pode fazer pela ação civil pública.

Com efeito, “o direito processual coletivo moderno alterou tais regras” [as do processo tradicional clássico] “admitindo a tutela de interesses transindividuais, de grupos (não apenas individuais) por órgãos representativos”, e com isto confluiu com as finalidades democráticas e de solidariedade albergadas na essência das ações afirmativas, “assegurando discriminações positivas visando à efetividade do acesso à justiça, redefinindo os limites da coisa julgada e ampliando o papel ativo do juiz na condução do processo”²⁰¹.

À toda evidência, o processo não é mais restrito a resolver conflitos de índole intersubjetiva, porquanto, nas feições delimitadas ao Estado brasileiro desde 05 de outubro de 1988, “o processo é meio apto a dar concreção aos anseios de uma sociedade democrática e pluralista, por meio dos direitos fundamentais albergados constitucionalmente”, sem que com isto se esteja a

²⁰¹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Direito social, o meio ambiente e o desenvolvimento: reflexões em torno de um caso de sucesso.** Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 11, n. 41, jan./mar. 2013, p. 185.

conflitar, antes a confluir, “com os instrumentos clássicos da democracia, como a tripartição de poderes e a escolha dos representantes políticos por meio do voto, por exemplo”²⁰².

Esta realidade vem sendo reconhecida e afirmada pela jurisprudência brasileira, como ilustra o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

[...] 2. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes. 3. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal [...]²⁰³.

Também o Supremo Tribunal Federal tem sufragado esta linha de pensamento:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Ação civil pública. Obrigação de fazer. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 2. Agravo regimental não provido²⁰⁴.

Destarte, conclui-se que a ACP é meio hábil e legítimo para assegurar o respeito a direito coletivo violado, tais os que são objeto de

²⁰² ZUFELATO, Camilo. **Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais**. In O controle jurisdicional de políticas públicas. Organizadores GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 312.

²⁰³ REsp 1488639/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 16/12/2014.

²⁰⁴ AI 708667 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 28/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 09-04-2012 PUBLIC 10-04-2012.

políticas de ação afirmativa, pelo que podem estas ser exigidas judicialmente pela via processual da ACP.

No ponto, insta confrontar este instrumento processual com seu paralelo no direito norte-americano, a *class action*, com o que será possível ressaltar as vantagens e importância do tratamento coletivo das demandas de grupo.

5. ASPECTOS FUNDAMENTAIS DAS *CLASS ACTION*

Os Estados Unidos se valem de instrumento processual que guarda semelhanças com a ACP do Direito brasileiro, as *class action*. A relevância de examinar tal instituto, de modo ilustrativo e sem pretensão de seguir os estandartes do método de Direito Comparado, reside em absorver algumas positivas inspirações para a experiência nacional, no que tange à defesa judicial de direitos de grupos.

Historicamente, se atribui o surgimento das *class action* ao ano de 1199, quando ajuizada pelo *rector* (pároco) Martin de Barkway uma ação na Corte Eclesiástica de Canterbury em face dos paroquianos de Nuthampstead.

A ação visava obrigar a comunidade à prestação de certas oferendas e à organização da paróquia de Nuthampstead, recém incorporada por Barkway, mediante a nomeação de um pastor para celebrar missas diárias, casamentos, batismos e demais atos do ofício²⁰⁵.

Já no século seguinte, três aldeões, em nome próprio, mas em defesa de toda a sua comunidade, intentaram ação contra as comunidades de Donington e Bykere, dirigindo a demanda apenas contra alguns de seus membros, imputados seus representantes, visando que os habitantes dos

²⁰⁵ PEREIRA, Rafael Caselli. **Ação coletiva passiva (*Defendant Class Action*) no Direito brasileiro**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor. Ano V, n. 30, p. 7-8.

locais demandados auxiliassem os do demandante na reparação dos diques que a ambos serviam²⁰⁶.

Nestas demandas surgiram as sementes que após permitiriam identificar um tipo de ação em que alguém litiga em nome próprio, porém na defesa do interesse de um grupo, representando uma coletividade que, afinal, não se acha formalmente presente no processo, através da identificação de cada um de seus membros.

Foi, contudo, nos Estados Unidos onde o instituto se desenvolveu, graças, em grande parte, aos estudos entabulados por Joseph Story, juiz da Suprema Corte entre 1811 e 1845. Story publicou em 1836 a obra *Commentaries on Equity Jurisprudence, as administered in England and America*, onde ressaltou:

O papel e as funções das *group litigation* para o Poder Judiciário e para os jurisdicionados, as quais, segundo ele, serviriam para a redução do número de ações propostas e a facilitação da instauração de demandas que, de outro modo, não seriam ajuizadas, tendo em vista o valor irrisório das pretensões individualmente consideradas²⁰⁷.

Surge em 1842 a primeira norma escrita sobre o tema, consistente em uma série de regras de equidade editada pela Suprema Corte americana, materializada na *Equity Rule 48*, que autorizava, quando houvesse partes muito numerosas em qualquer dos polos da relação processual, o que era considerado fator de inconveniência ou atraso para o processo, que estas fossem substituídas na demanda por representantes.

A norma, contudo, fora alvo de severas críticas, pois impedia que eventuais efeitos prejudiciais da decisão alcançassem quem não estivera formalmente presente no processo.

Este inconveniente veio a ser superado com a edição da *Federal Equity Rule 38* em 1912, que revogou a *Equity Rule 48* e eliminou a restrição à eficácia da decisão contra indivíduos não presentes ao processo.

²⁰⁶ PEREIRA, Rafael Caselli. **Ação coletiva passiva (*Defendant Class Action*) no Direito brasileiro**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor. Ano V, n. 30, p. 8.

²⁰⁷ HIGA, Flávio da Costa. **Breves apontamentos sobre as *Class Actions for Damages***. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. Ano XXII, n. 264, junho de 2011, p. 49.

Foi com *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938, espécie de código de processo civil federal promulgado pela Suprema Corte, que as *class action* tiveram grande incremento, especialmente em decorrência da *Rule 23*, que as estendera para qualquer causa de tutela coletiva de direitos, não mais apenas aos casos de equidade.

Outro marco fundamental é o ano de 1966, ocasião em que:

[...] a *Rule 23* passou por uma reforma a fim de corrigir suas deficiências de redação, já que era tão criticada por ser confusa e demasiadamente abstrata, além de não conter regra clara e específica acerca dos efeitos da coisa julgada e, ainda, por não tutelar adequadamente as pretensões coletivas indenizatórias.

Com a reforma, houve importantes novidades quanto à criação de um modelo mais prático e compreensível, voltado primordialmente para a existência de interesses comuns entre os membros do grupo. Houve, outrossim, previsão inequívoca do efeito vinculante da coisa julgada (*binding effect*) em face de todos os membros do grupo, o que aumentou sobremaneira o poder político e a importância social da ação coletiva indenizatória²⁰⁸.

Assim se consolidou este instrumento de demanda coletiva, que tem como vantagens evidentes²⁰⁹ a ampliação do acesso à justiça, por permitir que demandas de valor inexpressivo, se individualmente consideradas, mas que ostentam magnitude econômica, quando vistas globalmente, possam ser levadas a juízo.

Além disso, permite o uso racional do processo, reduzindo os custos processuais, o número de atos praticados, o tempo de tramitação e facilitando a logística através da centralização geográfica do litígio e da aglomeração de múltiplas demandas em uma única.

Ainda, permite incrementar os mecanismos de regulação em matéria ambiental, pois as agências governamentais sofrem influxos de restrições orçamentárias e políticas; bem como tem aptidão para promover mudanças de

²⁰⁸ CASHMAN, Peter. *Class action: Law and practice*. Sidney: The Federation Press, 2007, p. 22.

²⁰⁹ CASHMAN, Peter. *Class action: Law and practice*. Sidney: The Federation Press, 2007, p. 22.

comportamentos nas práticas financeiras, de tomada de decisão governamental e de produção de produtos pelos conglomerados econômicos.

No plano do procedimento, a *Rule 23*²¹⁰ traça alguns pré-requisitos para a admissibilidade da ação:

Rule 23. Class Actions

(a) PREREQUISITES. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

(1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;

(2) there are questions of law or fact common to the class;

(3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and

*(4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class*²¹¹.

Consoante este dispositivo, é preciso, inicialmente, que uma classe possa ser identificada como sujeito a ser representado no processo. Nesta linha, leciona Liane Tabarelli Zavascki que:

[...] a compreensão de classe tem uma significação ampla, não acepção meramente política, econômica ou social. É um conjunto de pessoas interessadas, grupo ou categoria, não se exigindo, inclusive, qualquer relação jurídica base entre os mesmos²¹².

Há também necessidade de que o grupo seja tão numeroso que a presença individual de cada membro seja impraticável. Todavia, se as circunstâncias, geográficas, econômicas, natureza da causa etc.,

²¹⁰ Disponível em: www.uscourts.gov/file/rules-civil-procedure.

²¹¹ Regra 23. Ações de classe

(a) Pré-requisitos. Um ou mais membros de uma classe podem processar ou ser processados como representantes da parte e em nome de todos os membros se:

(1) a classe for tão numerosa que a união de todos os membros seja impraticável;

(2) haja questões de direito ou de fato comuns à classe;

(3) as pretensões ou defesas das partes representativas sejam comuns às pretensões ou defesas da classe;

(4) as partes representativas promovam justa e adequadamente os interesses da classe.

²¹² ZAVASCKI, Liane Tabarelli. **Tutela do Meio Ambiente: class actions** do Direito norte-americano – aproximações e distinções da ação civil pública e ação popular do Direito brasileiro. Revista Jurídica. Ano 60, n. 414, abril de 2012, p. 19.

recomendaram o litisconsórcio como meio mais eficaz de tutela, este tem prevalência.

As questões de fato que ligam o grupo não precisam ser absolutamente uniformes, mas necessitam incidir sobre ponto fundamental da controvérsia. “Este requisito é satisfeito quando um padrão de conduta discriminatória é alegado”²¹³, embora possa atingir os membros da classe de modo diverso.

O representante da parte deve ter uma ligação com a causa, de modo que o interesse da classe coincida com o seu próprio. Presume-se que deste modo “estará, aparentemente, apto a empreender os melhores esforços para objetivos do grupo”²¹⁴.

As cortes têm sido zelosas em aferir se “a experiência do advogado, a motivação do representante em trazer o litígio a juízo, capacidade financeira em suportar os custos que a demanda implica e ausência de conflito de interesses”²¹⁵ permitem uma adequada representação do grupo.

Frise-se que, pela *Rule 23.2 (Actions Relating to Unincorporated Associations)*, não há necessidade que o grupo esteja organizado em sindicato, associação ou entidade similar para se ver representado em juízo²¹⁶.

A *Rule 23* prevê três tipos de *class action*, a primeira delas chamada de *limited fund class action* (23.b.1), que tem por escopo pedidos de reparação de danos ou obrigações de fazer, tendo como principal objetivo evitar inconsistências ou contradições que adviriam da multiplicidade de ações individuais, bem como permitir uma execução menos onerosa do julgado, considera a insuficiência financeira do demandado para, de outra forma que não a demanda coletiva, atender ao decreto judicial.

²¹³ ROCHA, Ibraim. **A ação coletiva no direito americano.** Uma interpretação de deus fundamentos. Revista Forense. Ano 108, Volume 416, Dez. 2012, p. 165.

²¹⁴ ZAVASCKI, Liane Tabarelli. **Tutela do Meio Ambiente: class actions** do Direito norte-americano – aproximações e distinções da ação civil pública e ação popular do Direito brasileiro. Revista Jurídica. Ano 60, n. 414, abril de 2012, p. 20.

²¹⁵ ROCHA, Ibraim. **A ação coletiva no direito americano.** Uma interpretação de deus fundamentos. Revista Forense. Ano 108, Volume 416, Dez. 2012, p. 167.

²¹⁶ ZAVASCKI, Liane Tabarelli. **Tutela do Meio Ambiente: class actions** do Direito norte-americano – aproximações e distinções da ação civil pública e ação popular do Direito brasileiro. Revista Jurídica. Ano 60, n. 414, abril de 2012, p. 19.

Centra-se, sobretudo, na proteção do demandado contra o risco de decisões inconsistentes ou contraditórias, daí sendo conhecida como *anti-prejudice class action*²¹⁷.

Já a norma da *Rule 23.b.2* trata das *injunctive classes*, reservada para casos em que o demandado adota certo padrão de conduta que atenta contra os direitos do grupo, o que requer uma ordem, declaratória ou impeditiva, que atenda aos interesses deste de modo uniforme. Por esta razão, não se reconhece o direito ao *opt out* (possibilidade do indivíduo se ver excluído dos efeitos do processo coletivo).

Esta espécie é manejada para defesa de direitos civis e conflitos constitucionais, como exemplifica o caso *Brown v. Board of Education* de 1955, que combatia a segregação racial em escolas públicas de Topeka, Kansas.

Ali ficou encartado que a decisão não poderia declarar a segregação ilegal somente em relação a alguns dos alunos negros, mas a todos que se houvessem em idêntica situação²¹⁸.

Finalmente, na *Rule 23.b.3* estão albergadas as *damage classes*, que se dirigem a hipóteses não contempladas nas espécies anteriores, mas que, diante da existência de questões de fato ou de direito que afetem o grupo em predominância sobre outras questões de índole individual, tornam a solução coletiva predominante e superior ao procedimento comum.

Ressalta-se aqui a necessidade de verificação dos pressupostos de *predominance* (os interesses coletivos são predominantes aos individuais) e *superiority* (entre as alternativas possíveis para solução do conflito, inclusive mecanismos de regulação administrativa, a *class action* desponta como a mais eficiente), os quais irão apontar para a prevalência da ação de classe como meio mais eficaz de pacificação social do conflito.

Em suma, o modelo das *class action* tem por norte a maior eficiência da resposta judicial, buscando uma solução que efetivamente resolva o conflito, no menor tempo e com o menor custo possível, sem descuidar da garantia do

²¹⁷ ROCHA, Ibraim. **A ação coletiva no direito americano.** Uma interpretação de seus fundamentos. Revista Forense. Ano 108, Volume 416, Dez. 2012, p. 170.

²¹⁸ ROCHA, Ibraim. **A ação coletiva no direito americano.** Uma interpretação de seus fundamentos. Revista Forense. Ano 108, Volume 416, Dez. 2012, p. 171.

devido processo legal, inclusive em sua dimensão material, buscando dar tutela a todo tipo de pretensão, mesmo aquelas que não encontrariam defesa de outro modo, por questões econômicas, políticas ou sociais²¹⁹.

Deste breve apanhado, pode-se aferir que há coincidência do objetivo central das *class action* com o visado pela ação civil pública do direito brasileiro.

Ambos os mecanismos põem em destaque a maior efetividade na defesa dos interesses de grupo, ante a inviabilidade ou insuficiência da tutela oferecida pelos instrumentos estabelecidos pelo processo tradicional. Para tanto, quebram-se alguns paradigmas, na tentativa de oferecer novas fórmulas para lidar com novos direitos, os direitos de massa.

Releva notar, contudo, que o sistema norte-americano, muito mais pragmático e sem as amarras rígidas do *civil law*, privilegia a amplitude de representação, deixando em aberto a eleição dos legitimados para a causa, a serem certificados sob as circunstâncias do caso concreto, em contraste com a realidade nacional, em que a Lei da Ação Civil Pública dedica destacada atenção aos critérios de legitimidade ativa para propositura da ação.

Ainda, se destaca a ampla margem de discricionariedade judicial no procedimento da *class action*, que se reflete mais nitidamente na possibilidade de formatação das mais diversas maneiras de cumprimento do decreto judicial.

Realizado este breve paralelo, resta, agora, aferir os meios pelos quais a ação civil pública poderá fazer operar ações afirmativas que, a par de determinadas na Constituição e nas leis, não estejam sendo implementadas pelos órgãos e entidades da Administração Pública brasileira.

6. A PROMOÇÃO DE AÇÕES AFIRMATIVAS ATRAVÉS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Neste estudo, já restou analisada a compatibilidade das ações afirmativas com a ordem constitucional brasileira. Mais que isto, ficou

²¹⁹ ROCHA, Ibraim. **A ação coletiva no direito americano**. Uma interpretação de seus fundamentos. Revista Forense. Ano 108, Volume 416, Dez. 2012, p. 156.

assinalado que a Constituição, ela própria, institui algumas ações afirmativas em seu texto. Igualmente, há diversas normas legais que também o fazem, em sintonia com a Lei Maior.

Mais adiante, fora explicitado que não contraria o sistema jurídico nacional o controle das omissões do poder público pelo Poder Judiciário, em especial o controle das omissões da Administração pública.

Nesta esteira, foi registrado que a ação civil pública serve de meio idôneo a esse controle, sem ferir a cláusula de separação de Poderes, a discricionariedade da Administração ou as normas que regem o orçamento público.

Impende, nesta quadra, explorar a atuação possível de ser exercida via ação civil pública no controle das omissões não normativas da Administração em implementar ações afirmativas, isto é, naquelas hipóteses em que, a despeito da existência de comando legal impositivo, não esteja o órgão ou ente administrativo competente cumprindo o plano de ação afirmativa a seu encargo.

Para tanto, pode-se partir da ordem encartada no art. 15 do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010), o qual determina que “o poder público adotará programas de ação afirmativa”.

No ponto, repise-se que a opção do legislador foi claramente no sentido de delegar aos órgãos e entes de Estado a tarefa de dar concretude a tais programas, haja vista certamente as especificidades que cercam cada direito fundamental a ser efetivado, bem assim as diferenças regionais e culturais albergadas nos diferentes espaços federativos.

Com efeito, deu-se liberdade à Administração para formatar o melhor plano de ação afirmativa, em atenção à realidade vivenciada. Contudo, não remanescera qualquer espaço de discricionariedade para não implementar ação afirmativa, ante a simplicidade e cogência da formulação posta no referido dispositivo legal.

Tem-se, então, típica situação em que não há lacuna normativa, mas pode haver omissão administrativa em dar cumprimento ao mandamento legal. Numa tal situação, estando implicado o interesse do grupo beneficiário da ação

afirmativa omitida, tem incidência o art. 1º, IV da Lei da Ação Civil Pública, ou, quiçá, o art. 1º, VII da mesma norma, a legitimar o manejo da ação coletiva para defesa das prerrogativas da coletividade.

Pode-se, a título de hipótese exemplificativa, cogitar da não contratação, por concurso público, do percentual mínimo de negros previsto na Lei 12.990/2014, que determina sejam contratados pelo menos 20% de membros desse grupo quando do provimento de cargos pela Administração federal.

Pense-se, por exemplo, em uma contratação de professores por universidade pública federal, cuja natureza mais comum é a autárquica, conquanto possa se apresentar na forma de fundação.

Esta omissão se mostraria suficiente para, mediante invocação dos citados dispositivos da Lei da Ação Civil Pública, reconhecer a legitimidade de qualquer dos entes mencionados no art. 5º para propor ação tendente a incluir no edital do certame a reserva de vagas legalmente definida.

Note-se que, numa tal hipótese, o arcabouço normativo referido não requer, pura e simplesmente, a anulação do procedimento de contratação. Este não se mostraria ilegítimo, pois contratar é da essência da Administração.

A falha estaria tão somente no procedimento adotado para contratar, que não estaria observando uma imposição legal, consistente em reservar 20% dos cargos vagos para contratação de professores negros. Assim, a ordem a ser buscada judicialmente seria no sentido de corrigir essa específica falha²²⁰.

²²⁰ Note-se que a “autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial” (art. 207 CF88) não é obstáculo à correção da falha administrativa aqui cogitada. No que toca à autonomia didático-científica, é garantia da plena liberdade de ensino, evitando restrições de qualquer tipo à produção e disseminação do saber. Ensina Simon Schwartzman que “as universidades devem ter plena liberdade de definir currículos, abrir e fechar cursos”, além de terem asseguradas “plena liberdade de definir suas linhas prioritárias e mecanismos de financiamento da pesquisa, conforme regras internas”. A gestão financeira e patrimonial é seu corolário, na medida em que fornece os meios para alcance dos fins de ordem científica. A autonomia administrativa, também a serviço da primeira, repercute nas atividades de “admitir alunos, ministrar cursos, conferir graus, realizar pesquisas” e de liberdade de “selecionar os seus quadros, admitir e demitir docentes e funcionários e estabelecer as carreiras”, como forma de garantir a organização interna que leve ao livre desempenho do saber (SCHWARTZMAN, Simon. **A Autonomia Universitária e a Constituição de 1988**. Disponível em <http://www.schwartzman.org.br/simon/cont88.htm>, acesso em 16 Jul. 2015). Essas opções, contudo, devem de ser realizadas dentro dos limites da juridicidade, sob pena de invalidade da escolha operada.

Tal demanda haveria de ser proposta na Subseção Judiciária da Justiça Federal com competência sobre o município em que sediada a universidade federal em questão, pois este seria o local do dano (art. 2º da LACP).

O objeto da ação seria o cumprimento de obrigação de fazer (art. 3º da LACP), consistente em incluir reserva de 20% das vagas em contratação para professores negros, não sendo caso de conversão em perdas e danos, porquanto faticamente possível a tutela específica da obrigação (art. 84, § 1º do CDC).

Veja-se que, a fim de se evitar a consumação de contratação fora dos moldes legais, com prejuízos agravados pela contratação e talvez até exercício da função por profissionais indevidamente recrutados, se mostraria lícito provimento liminar que determinasse desde logo a adequação da contratação ao padrão legal (art. 12 da LACP e 84, § 3º do CDC).

Para conceder força coercitiva ao julgado, ao contrário do sistema das *class action*, em que ao juiz é concedida ampla discricionariedade nos meios coercitivos de implemento da decisão, a LACP e o CDC disciplinam os meios de implementação do *decisum* (art. 11 e 84, §4º, respectivamente), dentre os quais, na hipótese aventada, se mostraria de maior eficácia a imposição de multa por dia de descumprimento.

Rememore-se, contudo, que, de regra, a prévia oitiva do representante judicial da entidade ré se faria necessária (art. 2º da Lei 8.437/92).

A providência liminar não esbarraria na restrição do art. 1º, § 3º da Lei 8.437/92 (“Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação”), uma vez que, consoante entendimento consolidado do STJ, a vedação se refere apenas “às liminares satisfativas irreversíveis, ou seja, àquelas cuja execução produz resultado prático que inviabiliza o retorno ao status quo ante, em caso de sua revogação”²²¹.

²²¹ REsp 664.224/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/09/2006, DJ 01/03/2007, p. 230.

Mesmo que no direito brasileiro não esteja delineada a figura de indenização por *punitive damages*, tal qual se vê nos Estados Unidos, não é de se afastar a possibilidade de cumulação de indenização por dano moral coletivo²²² à comunidade afetada pelo descumprimento da norma impositiva de ação afirmativa, uma vez que esta espécie indenizatória é amplamente admitida pelo STJ²²³.

Nesta situação, o montante arrecadado haveria de reverter para o fundo previsto no art. 13 da LACP, mas com destinação específica “para ações de promoção da igualdade étnica” (art. 13, § 2º LACP).

7. ACP E DEFESA DE GRUPOS – Caso da transgenitalização não contemplada na lista de procedimentos do SUS

O que se expôs até aqui permite inferir que o ordenamento concede lastro constitucional e legal para que a ACP possa funcionar em favor da defesa de grupos, especialmente na efetivação de ações afirmativas prometidas, porém não implantadas.

²²² “[...] 7. A possibilidade de indenização por dano moral está prevista no art. 5º, inciso V, da Constituição Federal, não havendo restrição da violação à esfera individual. A evolução da sociedade e da legislação têm levado a doutrina e a jurisprudência a entender que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial.

8. O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa.

9. Há vários julgados desta Corte Superior de Justiça no sentido do cabimento da condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública. Precedentes: EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1440847/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 15/10/2014, REsp 1269494/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013; REsp 1367923/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 06/09/2013; REsp 1197654/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 08/03/2012 [...]” (STJ, REsp 1397870/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 10/12/2014).

²²³ “[...] 5. No que diz respeito à transindividualidade do direito tutelado, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido do cabimento da condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública [...]” (STJ, EDcl no AgRg no REsp 1526946/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 13/11/2015).

No que toca a esta instrumentalidade da ACP como mecanismo processual de promoção da inclusão de grupos, a jurisprudência registra importante precedente que denota tal potencialidade.

Trata-se do julgamento encartado na Apelação Cível nº. 2001.71.00.026279-9, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em que se discutia a inclusão de cirurgias de transgenitalização na lista de procedimentos custeados pelo Sistema Único de Saúde.

O julgado, que seguiu a orientação do voto proferido pelo Juiz Federal Roger Raupp Rios, restou assim ementado:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. TRANSEXUALISMO. INCLUSÃO NA TABELA SIH-SUS DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS DE TRANSGENITALIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE SEXO. DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE GÊNERO. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE, LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE, PRIVACIDADE E RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA. DIREITO À SAÚDE. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. 1 - A exclusão da lista de procedimentos médicos custeados pelo Sistema Único de Saúde das cirurgias de transgenitalização e dos procedimentos complementares, em desfavor de transexuais, configura discriminação proibida constitucionalmente, além de ofender os direitos fundamentais de liberdade, livre desenvolvimento da personalidade, privacidade, proteção à dignidade humana e saúde. 2 - A proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo protege heterossexuais, homossexuais, transexuais e travestis, sempre que a sexualidade seja o fator decisivo para a imposição de tratamentos desfavoráveis. 3 - A proibição de discriminação por motivo de sexo compreende, além da proteção contra tratamentos desfavoráveis fundados na distinção biológica entre homens e mulheres, proteção diante de tratamentos desfavoráveis decorrentes do gênero, relativos ao papel social, à imagem e às percepções culturais que se referem à masculinidade e à feminilidade. 4 - O princípio da igualdade impõe a adoção de mesmo tratamento aos destinatários das medidas estatais, a menos que razões suficientes exijam diversidade de tratamento, recaindo o ônus argumentativo sobre o cabimento da diferenciação. Não há justificativa para tratamento desfavorável a transexuais quanto ao custeio pelo SUS das cirurgias de neocolpovulvoplastia e

neofaloplastia, pois (a) trata-se de prestações de saúde adequadas e necessárias para o tratamento médico do transexualismo e (b) não se pode justificar uma discriminação sexual (contra transexuais masculinos) com a invocação de outra discriminação sexual (contra transexuais femininos). 5 - O direito fundamental de liberdade, diretamente relacionado com os direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade e de privacidade, concebendo os indivíduos como sujeitos de direito ao invés de objetos de regulação alheia, protege a sexualidade como esfera da vida individual livre da interferência de terceiros, afastando imposições indevidas sobre transexuais, mulheres, homossexuais e travestis. 6 - A norma de direito fundamental que consagra a proteção à dignidade humana requer a consideração do ser humano como um fim em si mesmo, ao invés de meio para a realização de fins e de valores que lhe são externos e impostos por terceiros; são inconstitucionais, portanto, visões de mundo heterônomas, que imponham aos transexuais limites e restrições indevidas, com repercussão no acesso a procedimentos médicos. 7 - A força normativa da Constituição, enquanto princípio de interpretação, requer que a concretização dos direitos fundamentais empreste a maior força normativa possível a todos os direitos simultaneamente, pelo que a compreensão do direito à saúde deve ser informada pelo conteúdo dos diversos direitos fundamentais relevantes para o caso. 8 - O direito à saúde é direito fundamental, dotado de eficácia e aplicabilidade imediatas, apto a produzir direitos e deveres nas relações dos poderes públicos entre si e diante dos cidadãos, superada a noção de norma meramente programática, sob pena de esvaziamento do caráter normativo da Constituição. 9 - A doutrina e a jurisprudência constitucionais contemporâneas admitem a eficácia direta da norma constitucional que assegura o direito à saúde, ao menos quando as prestações são de grande importância para seus titulares e inexistem riscos de dano financeiro grave, o que inclui o direito à assistência médica vital, que prevalece, em princípio, inclusive quando ponderado em face de outros princípios e bens jurídicos. 10 - A inclusão dos procedimentos médicos relativos ao transexualismo, dentre aqueles previstos na Tabela SIH-SUS, configura correção judicial diante de discriminação lesiva aos direitos fundamentais de transexuais, uma vez que tais prestações já estão contempladas pelo sistema público de saúde. 11- Hipótese que configura proteção de direito fundamental à saúde derivado, uma vez que a atuação judicial elimina discriminação indevida que impede o acesso igualitário ao serviço público. 12 - As cirurgias de transgenitalização não configuram ilícito penal, cuidando-

se de típicas prestações de saúde, sem caráter mutilador. 13 - As cirurgias de transgenitalização recomendadas para o tratamento do transexualismo não são procedimentos de caráter experimental, conforme atestam Comitês de Ética em Pesquisa Médica e manifestam Resoluções do Conselho Federal de Medicina. 14 - A limitação da reserva do possível não se aplica ao caso, tendo em vista a previsão destes procedimentos na Tabela SIH-SUS vigente e o muito reduzido quantitativo de intervenções requeridas. 14 - Precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da Corte Européia de Justiça, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, da Suprema Corte dos Estados Unidos, da Suprema Corte do Canadá, do Tribunal Constitucional da Colômbia, do Tribunal Constitucional Federal alemão e do Tribunal Constitucional de Portugal. DIREITO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ABRANGÊNCIA NACIONAL DA DECISÃO. 15 - O Ministério Público Federal é parte legítima para a propositura de ação civil pública, seja porque o pedido se fundamenta em direito transindividual (correção de discriminação em tabela de remuneração de procedimentos médicos do Sistema Único de Saúde), seja porque os direitos dos membros do grupo beneficiário têm relevância jurídica, social e institucional. 16 - Cabível a antecipação de tutela, no julgamento do mérito de apelação cível, diante da fundamentação definitiva pela procedência do pedido e da presença do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, dado o grande e intenso sofrimento a que estão submetidos transexuais nos casos em que os procedimentos cirúrgicos são necessários, situação que conduz à auto-mutilação e ao suicídio. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 17 - Conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal Regional Federal da 4ª Região, é possível a atribuição de eficácia nacional à decisão proferida em ação civil pública, não se aplicando a limitação do artigo 16 da Lei nº 7.347/85 (redação da Lei nº 9.494/97), em virtude da natureza do direito pleiteado e das graves conseqüências da restrição espacial para outros bens jurídicos constitucionais. 18 - Apelo provido, com julgamento de procedência do pedido e imposição de multa diária, acaso descumprido o provimento judicial pela Administração Pública. (TRF4, AC 2001.71.00.026279-9, Terceira Turma, Relator Roger Raupp Rios, D.E. 22/08/2007)

A decisão parte do reconhecimento de tratamento discriminatório ao grupo dos transexuais (violação à igualdade, à liberdade e à dignidade da pessoa humana), consistente em atribuir tratamento desfavorável pelo “fato de o indivíduo pertencer, agora, a sexo diverso daquele que lhe era anteriormente atribuído”²²⁴, consistindo a discriminação em sonegar procedimento médico ao grupo, mesmo já estando idêntico tratamento disponível na rede de atendimento do SUS para a generalidade dos usuários²²⁵.

Diante do quadro discriminatório, e da relevância dos princípios violados, o relator constata que a força normativa da Constituição é bastante para fazer operar a proteção devida ao grupo excluído, pena de, em não se admitindo essa normatividade direta, cair-se no vazio da mera programaticidade das promessas constitucionais²²⁶.

E, ainda que assim não fosse, o voto afere a existência de normatividade infraconstitucional bastante à satisfação do direito do grupo, porquanto os mesmos procedimentos já se encontram contemplados na tabela do SUS, embora para tratamento de outras necessidades, circunstância esta que torna legítima a intervenção judicial, a fim de corrigir tratamento

²²⁴ Excerto do voto do relator.

²²⁵ O voto constata não haver causa idônea a autorizar o tratamento diferenciado dispensado ao grupo: “Assentada a pertinência da transexualidade à proibição de discriminação por motivo de sexo, tem-se como consequência normativa a inconstitucionalidade, por ofensa ao princípio da igualdade, do tratamento desfavorável a transexuais, consubstanciado na exclusão do âmbito do SUS das cirurgias de transgenitalização dos tipos neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e/ou procedimentos sobre gônadas e caracteres sexuais secundários, uma vez que disponibilizados aos demais indivíduos e grupos, salvo se houver razões suficientes para justificar este tratamento diferenciado. [...] o fato relevante é que se trata de doenças (diversas, que sejam) que exigem, medicamente, os mesmos procedimentos cirúrgicos: neocolpovulvoplastia e neofaloplastia. Ou seja, ao invés de diversidade de situações, há identidade: diante de quadros doentes, deve-se dispensar o mesmo tratamento médico, uma vez que este é o tratamento adequado e recomendado. O que não teria sentido é querer prover a doença, seja qual for, com tratamento inapropriado. Os juízos de igualdade e de desigualdade, conforme a dimensão material do princípio da isonomia, exigem tratamento igual a situações que apresentam semelhança relevante. Eis a semelhança relevante: ambas são situações de doença cuja prescrição médica é o mesmo tratamento.”

²²⁶ “A alegação de que o direito à saúde é norma meramente programática e, portanto, incapaz de produzir direitos e deveres entre os cidadãos, individual ou coletivamente, e o Estado, já foi superada no atual estágio do constitucionalismo contemporâneo.

Com efeito, ainda que não haja dúvida quanto à relevância da tarefa da legislação e da administração no desenvolvimento do direito à saúde, sem o que a efetividade deste direito fica em muito comprometida para a coletividade, a doutrina também reconhece a possibilidade da eficácia direta de direitos fundamentais sociais, pelo menos em casos onde as prestações são de importância grave para seus titulares e não há risco de provocar crise financeira muito grave (neste sentido, por exemplo, Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 494 e seguintes).”

discriminatório contra determinado grupo, o que afasta qualquer conotação de invasão da seara de outro Poder²²⁷.

O julgado também reconhece expressamente a pertinência do manejo da ACP, promovida pelo Ministério Público, para tutela dos direitos do grupo, justamente pelo fato de que a demanda se assenta em direito transindividual, marcado por sua relevância jurídica, social e institucional.

Assenta o voto do relator que a natureza coletiva da demanda repousa no fato de que “incluir procedimento na tabela remuneratória do SUS e disponibilizar o acesso a determinados procedimentos é direito pertencente ao grupo de indivíduos determináveis (no caso, transexuais)”, providência que cada indivíduo, isoladamente, não poderia lograr, já que:

[...] aos indivíduos caberia, no máximo, requerer medida judicial que obrigasse ao SUS providenciar o serviço, nunca a inclusão do procedimento na referida tabela ou a disponibilidade do procedimento a todo indivíduo transexual.

Neste ponto, a convergência com a ideia sustentada neste trabalho é estreita, na medida em que aqui também se defende a adoção do mesmo mecanismo processual (ACP) para correção de uma omissão administrativa de cunho discriminatório.

Deste modo, resta demonstrada, na prática, a possibilidade jurídica e a viabilidade fática do uso da ACP como meio para veicular a defesa de grupo

²²⁷ “Nesta perspectiva, o direito pleiteado é a correção de uma discriminação lesiva aos direitos de liberdade, saúde e dignidade humana de transexuais, efetuada pelo fato de o sistema público de saúde não oferecer a estes cidadãos certos procedimentos médicos da mesma que aos demais oferece.

No caso concreto, o acesso à prestação de saúde requerida, entendido como direito derivado, é obtido judicialmente em virtude da proteção jurídica-fundamental típica dos direitos clássicos de liberdade e não-discriminação (ditos direitos negativos), pois, como decidiu o Tribunal Constitucional português, ‘a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passam também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.’

Esta, precisamente, a hipótese: as cirurgias requeridas já existem e são prestadas como procedimento remunerado aos hospitais pelo SUS; a exclusão das transexuais deste regime está proibida constitucionalmente, em virtude dos direitos fundamentais de liberdade, igualdade e respeito à dignidade, que obrigam o Estado a não excluí-las. Para se acolher o provimento requerido, portanto, basta que o Estado se abstenha de atentar contra a realização do direito social já existente, pelo que a proteção judicial, aqui, dá-se no quadro típico da garantia dos direitos fundamentais clássicos.”

alijado de prestações estatais obrigatórias, muito embora existente lastro normativo suficiente e cogente. Tal o que se dá com ações afirmativas olvidadas pela Administração.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A igualdade é princípio cuja definição é tarefa difícil, posto variar em função das circunstâncias históricas e culturais. Além disso, é desejável que sua conceituação não se dê de modo estanque, diante da necessidade de uma abertura conceitual que não embarace as adaptações exigidas pelas transformações sociais.

Sob o prisma da igualdade formal, contudo, pode-se fixar um conteúdo mínimo, consistente na vedação a indevidos privilégios, sem base em uma justificação razoável.

Não desconhece o princípio as diferenças naturais entre indivíduos. São elas, ao contrário, valorizadas, ante à conotação plural atribuída ao contexto social. Embarga, no entanto, que se instituem favorecimentos sem causa justificável, de modo a operar privilégios em favor de uns, mas em detrimento de outros.

Busca, assim, em última análise, a generalidade na aplicação do Direito, que a todos alcança do mesmo modo, salvo se uma finalidade constitucional demande tratamento desigual, a fim de equilibrar uma desigualdade preexistente.

Aqui se conecta com a faceta material da igualdade, que propaga a igual fruição, no plano dos fatos, de bens e direitos, e a idêntica sujeição a deveres, por todos os membros de dada sociedade. Não se contenta aqui com a dimensão formal, na lei, da igualdade. A requer na prática, na vida real.

Deste modo, desponta a igualdade, na conjugação de sua dupla faceta, como valor que impõe tratamento equânime a todos os indivíduos que compartilhem de uma mesma sociedade.

Garante, em primeiro plano (formal) tratamento uniforme perante a Lei e o Estado, o que se manifesta na vedação de qualquer discriminação ou privilégio. Já num segundo prisma (material), admite, e até recomenda, certas diferenciações de tratamento, desde que, partindo-se de uma situação de desequilíbrio fático entre indivíduos ou grupos de pessoas, tal tratamento

distinto tenha por finalidade conferir a ambos semelhantes condições de fruição dos bens da vida.

Na promoção da igualdade de fato é fundamental a tarefa da ordem jurídica, na medida em que se trata de mitigar desigualdades por ela própria criadas.

Com efeito, boa parte das vantagens econômicas experimentadas por indivíduos e grupos não tem qualquer relação com circunstâncias naturais, mas decorrem de prerrogativas jurídicas que favorecem uns em detrimento de outros e acabam, ao longo do tempo, por gerar desequilíbrios para os não favorecidos pela ordem legal.

Sendo assim, é natural que a mesma normatividade que operou a desigualdade venha a trazer a solução para o problema por ela própria criado. Nesta senda, a ação afirmativa assume relevante função, a de desigualar para igualar.

Parte de uma dupla inspiração. Primeiro, a necessidade de reparar atos concretos de discriminação, dando uma resposta às vítimas individualizadas.

Mas, acima disto, tem como maior desiderato a superação dos efeitos difusos de longo prazo que se fazem sentir sobre o grupo vítima de discriminação, visando assegurar a equânime fruição dos bens e vantagens sociais por todos os membros da coletividade, a partir da remoção dos obstáculos artificiais que obstam essa fruição.

Neste passo, objetivam as ações afirmativas a transformação da realidade, mediante a (i) superação da sensação de superioridade dos grupos dominantes; (ii) criação de indivíduos modelos (*role models*) nas comunidades minoritárias, que ascendem a postos e funções antes reservadas às majorias, o que inspira outros membros a seguir semelhante caminho; (iii) oferta de novos serviços às comunidades menos favorecidas, pois indivíduos a estas pertencentes, uma vez acessando trabalhos mais especializados (médicos, dentistas, advogados), acabam por se fixar em suas vizinhanças originais; (iv)

promoção da diversidade em meios antes dominados por maiorias, como os bancos acadêmicos; (v) maior representatividade dos grupos minoritários nos diferentes setores de atividade pública e privada.

Deste modo, define-se ação afirmativa como o instrumento que visa ao reequilíbrio das condições de participação na vida em sociedade, viabilizando juridicamente, pela remoção de obstáculos e criação de facilidades, acesso a bens, serviços e oportunidades inacessíveis de outra forma a grupos historicamente desfavorecidos econômica e politicamente.

Para sua atuação, contudo, mister a observância de alguns requisitos essenciais, tais a existência de desigualdade histórica comprovada, a correspondência entre a providência afirmativa e a diminuição da desigualdade a ser combatida, ou seja, um juízo de razoabilidade entre o meio o fim; e a temporariedade da providência, que só deve durar o quanto necessário para superar o desequilíbrio original, no que assume relevante papel o levantamento estatístico da situação quando da implantação da providência.

A experiência dos Estados Unidos, nação que mesmo sem base constitucional explícita, desvendou em passagens da Carta Política fontes legitimadoras da ação afirmativa, sobretudo nas cláusulas que determinam tratamento igual entre concidadãos, demonstra que o instrumento funciona e pode, realmente, transformar a realidade.

É importante resgatar daquele Estado o papel de sua Suprema Corte e dos juízos de primeira e segunda instância em desvendar a legitimidade das ações afirmativas e em dar-lhes os contornos próprios, ante a carência de fontes legais explícitas, o que, ao longo do tempo, e muito em virtude da produção jurisprudencial, sobretudo da Corte máxima, foi aos poucos mitigada.

No Brasil, bem ao contrário, a Constituição de 1988 foi pródiga no tema, ora inspirando a adoção de medidas transformadoras, como se infere desde o Preâmbulo, que inaugura um ideal quase revolucionário do *status quo*, em busca de maior justiça social; ora instituindo, ela mesma, ações afirmativas diretamente em seu próprio texto, a exemplo daquela determinada em favor das pessoas com deficiência, grupo em relação ao qual há de reservar percentual mínimo de cargos em concurso público.

A compatibilidade das ações afirmativas com o Texto de 1988 já foi, aliás, diversas vezes sufragada pelo Supremo Tribunal Federal, constituindo o exemplo mais explícito o julgamento da ADPF 186, no qual, com todas as letras, o Tribunal Supremo certificou a legitimidade, e mesmo a cogência de adoção deste instrumento em determinadas searas, adredemente definidas pelo Constituinte.

O legislador ordinário também não descurou do tema, de forma que desde 1988 a produção legislativa foi bastante intensa, tendo-se produzido normas instituidoras de ações afirmativas em favor dos negros, das pessoas com deficiência, dos estudantes de baixa renda, entre outros.

Assim, há arcabouço normativo suficiente determinando a adoção de ações afirmativas em favor de múltiplos grupos minoritários. Portanto, se inexistente alguma providência afirmativa em tema em que o Constituinte elegeu como necessário existir, a omissão não pode ser reputada a ausência de norma legal, mas à omissão das entidades administrativas em dar cumprimento aos preceitos constitucionais e legais.

Desponta, nesta seara, a ACP como instrumento fundamental das prerrogativas do grupo lesado com a omissão administrativa.

A defesa dos interesses de grupos é da essência da ACP, sejam eles coletividades indeterminadas ou identificáveis por uma relação jurídica base que vincula os membros entre si ou com a parte contrária, este último caso constituindo os direitos coletivos *stricto sensu*, categoria que alberga os grupos beneficiários de ação afirmativa, amparados pela relação jurídica (norma legal ou constitucional) que os contempla com programa afirmativo.

Este instrumento predestinado à defesa coletiva de grupos ostenta evidentes vantagens na efetivação judicial da providência olvidada administrativamente, se comparado com outros mecanismos de supressão de omissões inconstitucionais, haja vista a simplicidade de seu rito, a multiplicidade de legitimados ativos e a facilidade de acesso à jurisdição, decorrente da isenção de despesas processuais e pelo fato de ser a ação de competência do juiz de primeiro grau, mais próximo da realidade dos fatos e das partes em litígio.

É, deste modo, corolário do direito de acesso à Justiça e instrumento que viabiliza a inafastabilidade de jurisdição para lesões que, de outro modo, talvez não chegassem ao Poder Judiciário, como bem denota o caso da inclusão de procedimentos de transgenitalização na lista obrigatória do SUS.

E por servir a tais garantias constitucionais é que não se pode cogitar de ser invasiva da esfera de outros Poderes. Com efeito, a partir do relevo jurídico atribuído pelo Constituinte de 1988 às omissões inconstitucionais, infere-se que quando um Poder de Estado, seja pela Administração central ou órgão ou entidade a si vinculada, omite providência determinada no ordenamento, não está a agir na conformidade com o Direito.

Logo, legitimada está a correção da omissão inconstitucional na esfera constitucionalmente adequada, o Poder Judiciário, pela via admissível e adequada, a ACP.

Sendo assim, este instrumento processual se mostra de todo harmônico com os imperativos trazidos pelos novos direitos da democracia, especialmente aqueles assegurados em 1988, porquanto autoriza ao grupo minoritário, na via judicial e mediante tutela coletiva, a supressão da ilegalidade contra si praticada.

Nesta tarefa, a ACP muito se assemelha às *class actions*, em especial pelas características da substituição processual, do barateamento de custos do processo e da solução de massa para problemas massificados, tendo os Estados Unidos demonstrado que a demanda coletiva não apenas resolve o problema judicial levado aos Tribunais, mas também inspira, no longo prazo, mudanças de comportamentos e mentalidades, do que constitui exemplo o fim da segregação racial, cujo ponto de partida foram as demandas judiciais que a contestaram em diversas frentes.

O Brasil, dotado de mais instrumentos normativos acerca da imperatividade de adoção de ações afirmativas, bem assim servido por uma variedade de normas legais bem aparelhadas para efetivação da tutela dos direitos de grupo, em especial a LACP e o CDC, tende a seguir semelhante trilha, com a correção judicial paulatina das omissões inconstitucionais contra

grupos minoritários e, quiçá, com a superação da mentalidade que se conforma com a sonegação do direito fundamental à igualdade material.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: Theorie der Grundrechte.

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; STRASBURG, Adriana. **Ações afirmativas como concretização do princípio constitucional da igualdade no âmbito do estado democrático social de direito**. São Paulo: REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP, 2008, V. 1, p. 11. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/739/520>, acesso em: 15 jul. 2015.

BADIN, Luiz Armando. **O princípio da igualdade na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal**. Revista do Advogado. Nº 117. São Paulo: out. 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 dez. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 jun. 2015.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 jul. 2010. Acesso em: 10 ago. 2015.

BRASIL. Lei nº 12.990, de 09 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 jun. 2014. Acesso em: 01 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3330, Relator Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-055 DIVULG 21-03-2013 PUBLIC 22-03-2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1276. Relatora Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 29/08/2002, DJ 29-11-2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1946. Relator Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2003, DJ 16-05-2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Relator Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186. Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 17-10-2014 PUBLIC 20-10-2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº 26071. Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 13/11/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 227299. Relator Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 14/06/2000, DJ 06-10-2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 429.570/GO. Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2003, DJ 22/03/2004, p. 277.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 577.836/SC. Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2004, DJ 28/02/2005, p. 200.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1499927/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 05/02/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 493.811/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2003, DJ 15/03/2004, p. 236.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação/Reexame Necessário nº 5003493-31.2013.404.7004, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Ricardo Teixeira do Valle Pereira, juntado aos autos em 23/02/2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9, Terceira Turma, Relator Roger Raupp Rios, D.E. 22/08/2007.

BROLIANI, Jozélia Nogueira. **O Controle Judicial nas Omissões no Planejamento Financeiro**. Belo Horizonte : Revista de Direito Administrativo e Constitucional, ano 5, n. 21, jul. 2005.

CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, Vol. II.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1994.

CASHMAN, Peter. **Class action: Law and practice**. Sidney: The Federation Press, 2007.

CIRNE, Mariana Barbosa. **Qual pode ser o papel do direito fundamental à igualdade em uma política de cotas raciais?** Revista Direitos Fundamentais e Justiça. Nº 18. Porto Alegre: jan/mar. 2012.

CORSI, Giancarlo. **Sociologia da Constituição**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Trad. Juliana Neuenschwander. Nº 39. Belo Horizonte: jan/jun. 2001.

COSTA, José Faria da. **O princípio da igualdade, o Direito Penal e a Constituição**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 100. São Paulo: jan/fev. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2000.

DONIZETTI, Elpídio. **Ações constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2010.

DUARTE, Allan Coelho. **A Constitucionalidade das Políticas de Ações Afirmativas**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, abril/2014 (Texto para Discussão nº 147). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos, Acesso em: 22 abr. 2014.

DUMONT, Louis. **Homo Hierarquicus. O sistema de castas e suas implicações**. Trad. Carlos Alberto da Fonseca. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **O Debate Constitucional Sobre as Ações Afirmativas**. Disponível em: <http://arquivo.geledes.org.br/areas-de-atuacao/educacao/cotas-para-negros/16538-o-debate-constitucional-sobre-as-acoes-afirmativas-por-joaquim-barbosa>, p. 24/25. Acesso em: 23 Mar. 2016.

GOUGES, Olympe de. **Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne**. In: Bibliothèque Jeanne Hersch. Textes fondateurs. Disponível em: http://www.aidh.org/Biblio/Text_fondat/FR_03.htm» Acesso em: 11 Fev. 2016.

GRINOVER, Ada Pelegrini, *apud* ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia**. Madri: Trotta, 2008. Vol. II.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **O silêncio da Administração Pública**. Belo Horizonte: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 13, n. 52, abr./jun. 2013.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA, Ximena Cardozo. **A possibilidade do controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas relativas à defesa do meio ambiente**. São Paulo: Revista de Direito Ambiental, v. 12, n. 47, jul./set. 2007.

FILARDI, Hugo. **Ação civil pública e acesso à justiça**. São Paulo: Revista de Processo, ano 31, mar. 2006.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la antigüedad a nuestros días**. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2007.

FREITAS, Juarez. **Discricionariade administrativa: O controle das prioridades constitucionais**. Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 18 - n. 3, p. 416-434, set-dez 2013.

HIGA, Flávio da Costa. **Breves apontamentos sobre as Class Actions for Damages**. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. Ano XXII, n. 264, junho de 2011.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?** Disponível em: http://portal.cjf.jus.br/cjf/banco-de-conteudos-1/seminario-virtual-sistema-de-cotas-aco-es/at_download/upload, acesso em: 20 mai. 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O código civil e o princípio da igualdade**. Brasília: Anais da XVIII Conferência Nacional dos Advogados, 2003. Vol. I.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Direito social, o meio ambiente e o desenvolvimento: reflexões em torno de um caso de sucesso**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 11, n. 41, jan./mar. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. **Ação afirmativa**: óptica constitucional. Revista da Escola Nacional de Magistratura, v. 1, n. 1, abr. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (*affirmative action*) no direito americano**. São Paulo: RT, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005. vol. 6.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Guilherme Peña. **Controle judicial das omissões da administração pública sob a perspectiva do neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público, n. 39, jan./mar. 2011.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 2004.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Ação Civil Pública e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual, n. 55, out. 2007.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PEREIRA, Rafael Caselli. **Ação coletiva passiva (*Defendant Class Action*) no Direito brasileiro**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor. Ano V, n. 30.

PIOVESAN, Flavia. **Ações afirmativas e direitos humanos**. Disponível em: <http://www.usp.br/revistausp/69/04-flavia.pdf>. Acesso em: 15 jul.2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. São Paulo: RT, 1970, tomo IV.

ROCHA, Ibraim. **A ação coletiva no direito americano**. Uma interpretação de deus fundamentos. Revista Forense. Ano 108, Volume 416, Dez. 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **A abrangência de decisões judiciais em ação coletivas**: o caso da Lei 9.494/97. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 755.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RIOS, Roger Raupp. **Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro**: reflexões a partir do debate constitucional estadunidense. *In* Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Vol. 1, Tit. 1. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. Revista Trimestral de Direito Público. Brasília: Malheiros. n. 131, jul./set. 1996.

ROCHA, Daniel Machado da. LUCARELLI, Fábio Dutra. MACHADO, Guilherme Pinho. **Comentários à Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Civis da União**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Discurso sobre a origem da desigualdade**. Trad. Maria Lacerda de Moura. Versão para eBook. Disponível em: www.ebooksbrasil.org/adobeebook/desigualdade.pdf. Acesso em: 07/07/2015.

RANCIÈRE, Jaques. **El odio a la democracia**. Trad. Eduardo Pellejero. eBook. Disponível em: [http://www.consensocivico.com.ar/uploads/54346c660d4b7-Ranciere%20Jaques%20-%20El%20Odio%20A%20La%20Democracia\(CC\).PDF](http://www.consensocivico.com.ar/uploads/54346c660d4b7-Ranciere%20Jaques%20-%20El%20Odio%20A%20La%20Democracia(CC).PDF). Acesso em: 08 Jul. 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, João Paulo de Faria. **Ações afirmativas e igualdade racial**. A contribuição do direito na construção de um Brasil diverso. São Paulo: Loyola, 2005.

SCHWARTZMAN, Simon. **A Autonomia Universitária e a Constituição de 1988**. Disponível em: <http://www.schwartzman.org.br/simon/cont88.htm>, acesso em: 16 jul. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **O controle de constitucionalidade das omissões administrativas por via de ação direta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 885/2009, Jul / 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Madrid: Trotta, 2005.

ZAVASCKI, Liane Tabarelli. **Tutela do Meio Mambiente: class actions** do Direito norte-americano – aproximações e distinções da ação civil pública e ação popular do Direito brasileiro. *Revista Jurídica*. Ano 60, n. 414, abril de 2012.

ZUFELATO, Camilo. **Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais**. In *O controle jurisdicional de políticas públicas*. organizadores GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. Rio de Janeiro: Forense, 2013.