Direito do Estado.com.br
O Direito Público da Cidadania

R-e-RE | Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 22 – junho/julho/agosto 2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

A POLÍTICA DE DISCRIMINAÇÃO POSITIVA ENQUANTO INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

Moema Santana Silva
Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade de Coimbra.

1 Introdução

Ao término da Segunda Grande Guerra, o Estado foi chamado a assumir um papel cada vez mais efetivo na promoção do desenvolvimento econômico e social nos países capitalistas; imperiosa, era a reconstrução do marco legal superior, de modo a orientar e legitimar o enorme esforço a ser desempenhado pelos governos. Não por outra razão, as Constituições do pós-guerra caracterizaram-se por atribuir ao aparelho estatal um envolvimento direto e crescente nos grandes projetos de transformação social que urgiam ser implementados.

O Estado de Direito Liberal era teleologicamente regrado pela separação entre Estado e sociedade, tendo sua atuação limitada à defesa dos direitos e garantias fundamentais. Referidas funções, por certo, não mais se sustentavam na realidade do pós-guerra; daí porque, a par da defesa dos direitos fundamentais clássicos (classificados como de primeira geração), o campo de atuação estatal necessitou ser alargado no intuito de assegurar o cumprimento de uma gama cada vez maior de direitos.

Constatada, a partir das últimas décadas, a inviabilidade de uma sociedade auto-suficiente nas esferas econômica e social, ao Estado passou competir apenas o dever de regulação, estruturação e, posteriormente, manutenção de uma coletividade baseada em ideais de justiça e igualdade. Nesta condição, o Estado se engaja deliberadamente na promoção de um processo de reengenharia social e de progresso econômico.

Como os direitos e liberdades dos cidadãos não eram suficientemente garantidos com a abstenção do Estado em atuar mais diretamente sobre a sociedade, a articulação destes direitos com os deveres estatais de prestação se fazia cada vez mais urgente. Uma vez patente a certeza de que normas jurídicas por si só não são suficientes para a reversão de quadros sociais negativos, tornou-se imperioso, afinal, o fim da neutralidade estatal.

Apontando nessa direção, diversas políticas públicas vêm sendo adotadas no sentido de reduzir desigualdades e promover a inclusão social. Cabe ao

Estado, neste novo contexto, o papel de concretizar materialmente o princípio constitucional da igualdade, e, conseqüentemente, promover a justiça social. Referidos objetivos têm sido alcançados em todo o mundo através de políticas de discriminação positiva. Diferente não tem sido em Portugal.
O presente trabalho tem por objetivo apresentar a política de discriminação positiva sob a ótica da consagração do princípio material da igualdade, sem, no entanto, manifestar-se a favor ou contra tal ação estatal. Referido corte metodológico justifica-se pela vasta abrangência e profundidade dos argumentos pertencentes a cada opinião, o que implicaria demasiada amplitude para o espaço de discussão comportado num paper. Assim, este trabalho limitar-se-á a demonstrar como a referida política tem sido interpretada principiológica e teoricamente, sem adentrar na discussão de seu mérito.

2 Princípio da socialidade

2.1 O princípio da socialidade enquanto paradigma de transformação do estado liberal

Utilizando-nos das palavras de Vieira de Andrade, no direito liberal, as liberdades e a autonomia dos indivíduos em face do poder estatal eram essencialmente exigidas em prol de um excelente caminhar da sociedade, o famoso laissez faire laissez passer. Neste contexto, cuja maior fundação se encontrava na certeza de que a justiça das relações sociais seria alcançada pela simples auto-regulação do mercado, o modelo de Estado Liberal se justificava. Num quadro em que o Estado se encontra estruturalmente vinculado ao crescimento econômico, a livre concorrência é clamada na mesma proporção em que a abstenção estatal se faz necessária.
Todavia, não obstante a finalidade inicial do ideal liberal ver-se atingida, as conseqüências da abstenção estatal foram desastrosas. A concentração de capital, o desemprego e o monopólio de mercados geraram crises profundas que culminaram na exigência de novos paradigmas. Tratava-se de conclamar o Estado a intervir na sociedade, inclusive nos mecanismos econômicos, de forma a racionalizar os desvarios da razão burguesa. A justiça social, maior desafio daquela época, foi a impulsionadora da proclamação do novo agir político. Direcionando-se paulatinamente na busca da integração condigna de todos os indivíduos, o Estado Social se instala.
O princípio da socialidade, embora não se encontre positivado na Constituição Portuguesa, constitui indubitavelmente um dos fundamentos essenciais do Estado de Direito. Afirma-se isto com base na própria disposição desta Carta, que implicitamente o prevê quando, no seu artigo 2 (Estado de Direito Democrático), estabelece ser um dos objetivos da República Portuguesa a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.
A par disto, no artigo 9 (Tarefas fundamentais do Estado) há a consagração de algumas das finalidades estatais: a promoção do bem estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais. E podemos ainda verificar a intenção principiológica da socialidade no artigo 81 (Incumbências Prioritárias do Estado), que afirma serem encargos do Estado a

promoção da justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal.

Devemos, contudo, frisar que o Estado Social de Direito não corresponde a uma ruptura do Estado Liberal, na medida em que sua realização não pressupõe negação à salvaguarda dos valores e princípios característicos do Estado de Direito Liberal. O Estado de Direito é preservado, não obstante a exigência de sua reestruturação em razão dos novos valores e finalidades trazidos pelo ideal social.

A tarefa estatal é visivelmente alargada, na medida em que não mais se tem por satisfeita apenas a manutenção da segurança jurídica, A neutralidade estatal é renegada e, por conseqüência, sua passividade é criticada. Exige-se uma postura ativa do Estado. A este compete agora não apenas garantir direitos, mas, sobretudo, criar condições materiais eficazes para o seu exercício como forma de incrementar o nível de legitimação de sua atuação.

A expansão das funções estatais exige, por conseguinte, uma alteração estrutural na própria Administração. A idéia de separação de Estado e Sociedade é rejeitada em prol da obrigação estatal de construção do ideário social baseado na promoção do bem-estar econômico, social e cultural dos cidadãos. Em realidade, existe uma passagem do Estado detentor de uma Administração agressiva para aquele que valoriza a Administração prestadora. Em suma; em compasso com a administração que intervém se encontra a administração moderna protetora, que ajuda.

Direcionada pelo vetor social, a tarefa estatal orienta-se, neste contexto, no sentido de tutelar a existência e o provimento econômico de seus administrados.

2.2 A fundamentalização dos direitos sociais e a socialização dos direitos clássicos

Neste novo modelo de Estado de Direito ocorre o processo de fundamentalização dos direitos sociais, ou seja, são também considerados como fundamentais os direitos às prestações positivas de cunho social.

Os direitos e liberdades clássicos também sofrem modificações quanto à sua tutela e garantia, exigindo, doravante, uma postura efetiva do Estado que lhes assegure sua concretude. O exercício dos direitos fundamentais, tais como igualdade e liberdade, fica condicionado a uma atuação estatal que lhes vincule à sociabilidade.

A ampliação do catálogo, a complexa e progressiva transformação social, o pluralismo, a dignidade da pessoa humana e a consideração dos indivíduos em suas particularidades, trouxeram novos paradigmas para o campo dos direitos fundamentais, exigindo, para tanto, maior atenção ao tratamento jurídico que lhe foi até então dispensado.

Hoje resulta indiscutível ser a garantia dos direitos fundamentais clássicos uma condição insuficiente e carente de sentido quando desvinculada de um sério compromisso por parte dos poderes públicos. O exercício dos direitos fundamentais exige a produção de condições materiais que lhes garantam efetividade prática, daí a chamada socialização dos direitos fundamentais.

Em realidade, os direitos sociais implicam uma remodelação do princípio da igualdade, na medida em que se busca, nesta nova conjuntura, a realização de condições materiais para a retirada da igualdade do plano abstrato e ideal.

A Constituição de 1976, especialmente após suas muitas revisões, trouxe a necessidade de concretização do princípio da igualdade. É evidente o caráter teleológico desta Carta quando, ao referir-se à necessidade de fomentar a igualdade real entre os portugueses, ela destaca a importância da "transformação e modernização das estruturas econômico-sociais". Trata-se, em verdade, da realização da democracia econômica, social e cultural, objetivo fundamental do próprio Estado de Direito Democrático.

Este objetivo, denominado princípio conformador de políticas econômicas, sociais e culturais, é teleologicamente estruturado no esforço contínuo para a compensação ou eliminação das desigualdades existentes e, sobretudo, para a concretização da simetria distributiva. Ou seja, a realização do Estado Social passa, obrigatoriamente, pelo crivo axiológico da justiça social, na medida em que se fundamenta na imposição de medidas estatais promoventes da consagração da diversidade.

Não obstante a mesma conseqüência jurídica dever ser aplicada a todos os casos semelhantes, verificou-se ser necessário também o reconhecimento efetivo das distinções entre cada situação concreta como meio de legitimação de tratamentos específicos diferenciadores. Constatada a inexistência de similitude entre os indivíduos, foi-lhes concedido, por força da socialidade, o direito de pretender tratamentos atentos a cada uma de suas particularidades.

Do Estado, na medida em que resultou imperativa a criação de condições legais para o alcance efetivo da igualdade, passou a ser exigida a outorga de especial atenção às diferenças existentes entre os cidadãos. E é neste quadro paradigmático que se legitima a busca pela construção de uma sociedade mais igualitária, solidária e, sobretudo, racionalizada na justiça distributiva.

2.3 Dos deveres de legislação

A positivação isolada de tarefas e ideais estatais na Constituição não foi suficiente para a consagração da igualdade; a urgente atuação dos responsáveis pela subsunção da programática constitucional se tornara imprescindível. Desta feita, quando o legislador assumiu o dever de concretizar programas constitucionais, a busca pela igualdade real e material dos cidadãos se achava incluída nesta tarefa.

A Constituição da República Portuguesa atribui ao legislador a força-tarefa de "concretizar as imposições constitucionais dirigidas à eliminação das desigualdades fácticas impeditivas do exercício de alguns direitos fundamentais"; diante deste quadro, elevou-se tal função à condição de protagonista na concretização desses direitos.

Neste novo quadro sociojurídico, verifica-se nos direitos às prestações claro caráter vinculativo dos poderes públicos, em especial o legislativo, na medida em que imporiam deveres sociais de legislação. Ao legislador não seria dada a discricionariedade em concretizá-los; tão somente sua liberdade de conformação seria preservada.

A Velha Hermenêutica não mais se justifica no contexto da socialidade, dado que os direitos dependem de interpretação isenta de neutralidade, apta a lhes

assegurar sua necessária concretude. Trata-se da chamada interpretação política do positivismo jurídico.
A teoria da legislação constantemente tem sustentado a necessidade de leis que detenham um componente sociológico, sob pena de se verem frustrados seus objetivos. As leis devem fornecer respostas aos anseios da sociedade e, caso desprovidas desta vinculação, por certo a programática constitucional permanecerá restrita ao plano da abstração.
Nas palavras de Canotilho "o dever concreto de protecção implica a existência de um dever de legislação". Explica-se: na medida em que assume o Estado um papel ímpar na concretização da justiça material, faz-se patente assumir o legislador a obrigação de positivação do ideal de igualação, cujo não cumprimento implicaria a argüição de uma inconstitucionalidade por omissão.

2.4 A socialidade enquanto instrumento legitimador democrático da política inclusiva
Conforme visto, a dimensão social do princípio da igualdade resulta da valoração jurídica das diferenças. A própria existência das diferenças passa a ser relevante, na medida em que garante isenção e legitimidade para seu reconhecimento como critério material justificador da concretização da igualdade social.
Nos dizeres do Tribunal Constitucional Português; "O princípio da igualdade não só autoriza como pode exigir desigualdades de tratamento, sempre que, por motivo de situações diversas, um tratamento igual conduzisse a resultados desiguais". Referido entendimento, associado ao princípio da socialidade, demonstra a importância da política de discriminação positiva : instrumento tido, atualmente, como o mais apto à concretização do direito ao mínimo necessário a uma existência condigna.
Destaca-se, portanto, que o princípio do estado social figura simultaneamente como autorizador do estabelecimento de diferenciações e como ferramenta hábil a estimular o legislador a trilhar a política pública das discriminações positivas; tudo isso com vistas ao incremento do nível de legitimação da democracia.
"Si desea estimular más democracia, más auto-observación, más critica, esto supone que debe inducir pretensiones, en último término las pretensiones del Estado de Bienestar de honrar las promesas de libertad, igualdad y seguridad".
É imprescindível o acolhimento da idéia de dessemelhança dos indivíduos de uma sociedade para a construção de uma legítima democracia. Patente a idéia do coletivo heterogêneo, Friedrich Mueller afirma que a extirpação da exclusão social é fundamental para a concretização do ideal democrático. "A exclusão deslegitima. Na exclusão o povo ativo, o povo como instância de atribuição e o povo destinatário degeneram em povo ícone. A legitimidade somente pode advir da fundamentação no povo real, que é invocado pelo texto da constituição — em diferentes perspectivas e com abrangência correspondentemente variada, mas sempre de forma documentável".
Em verdade, o princípio da igualdade passa a deter um caráter axiológico normativo, na medida em que atua como protagonista da construção do Estado Social Democrático. Adquire status de regulador da intenção normativa, no intuito de corrigir as desigualdades tendenciais dos indivíduos e, sobretudo,

apresenta-se como programa de acção na busca pela realização da justiça social.
Em síntese, a igualdade social adquire um objetivo normativo jurídico-social, já que, como instrumento de transformação social, tenciona a correção de desigualdades e, como idéia de direito, revela-se em expressão da justiça material.

3 Política de discriminação positiva

3.1 Histórico

A adoção da política de discriminação positiva representou uma alteração na postura dos Estados, na medida em que estes passaram a considerar como parâmetro de destinação de suas políticas a realidade desigual vivida por seus cidadãos e suas correspondentes particularidades. Partiu-se do pressuposto de que somente através da outorga de prestação substancial aos necessitados e menos afortunados se alcançaria o ideal de justiça.
O Estado Moderno, baseado no ideal constitucional inspirado principalmente pelas revoluções americana e francesa, trouxe o princípio da igualdade material como finalidade emergente. Neste sentido, surgiu a necessidade de se conceber um Estado cujas políticas públicas estariam atentas, não apenas à segurança dos direitos fundamentais clássicos, mas, sobretudo, à garantia de direitos vinculados a uma atuação positiva do Estado.
A transição dos modelos de Estado afetou, portanto, a própria forma de aplicação do direito; o paradigma teleológico social havia se instaurado definitivamente na atuação estatal.
O nascimento da política de discriminação positiva ocorreu nos Estados Unidos da América, cuja protagonista é a Suprema Corte, e o termo “affirmative action” é atribuído ao Presidente John Kennedy. Este presidente foi o primeiro a editar um decreto estabelecedor da discriminação positiva (Executive Order nº 10.925), em 1961, cuja finalidade era a reversão de uma situação de discriminação no trabalho.
A política afirmativa, no entanto, foi efetivamente implantada pelos EUA com a promulgação da lei dos direitos civis (Civil Right Act, de 2 de julho de 1964); fruto de um longo e ardoroso embate promovido por grupos representantes de minorias étnicas.
O pioneirismo dos Estados Unidos na adoção de políticas inclusivas deve-se principalmente pelo contexto social enfrentado pelos negros naquele país. A segregação generalizada destes indivíduos foi marcada por inúmeras fases, partindo de uma estrutura socioeconômica escravocrata, supostamente evoluiu-se para uma segregação institucionalizada, o conhecido separate but equal, até que, enfim, culminou em uma decisão histórica da Suprema Corte, cujo conteúdo revolucionou a manutenção da segregação racial.
A partir daí inúmeras medidas foram adotadas e célebres casos foram discutidos na Suprema Corte Americana. Destaca-se, dentre eles, o caso Regents of University of Califórnia vs Bakke, em que a Corte decidiu pela constitucionalidade do programa especial de admissão proposto pela Universidade em favor de determinada minoria e, conseqüentemente, em detrimento de alguns. Desde então, o uso da política afirmativa foi fortalecido e espraiado para diversas áreas na sociedade americana.

A ilustre Ministra do Supremo Tribunal Federal da Republica Federativa do Brasil, Carmem Lúcia Antunes da Rocha, descreve a realidade justificadora da política afirmativa naquele momento:

No fluxo dessa mudança comportamental dos juízes constitucionais de todo o mundo democrático do pós-guerra é que se entronizou, no sentimento jurídico dos povos, a consciência de uma necessária transformação na forma de se conceberem e aplicarem os direitos, especialmente aqueles listados entre os fundamentais. Não bastavam as letras formalizadoras das garantias prometidas, era imprescindível instrumentalizarem-se as promessas garantidas por uma atuação exigível do Estado e da sociedade.

A política do “affirmative action”, cuja definição possui diferentes significados e aplicações, vinculou inúmeras organizações públicas e também privadas, no sentido de outorgarem materialidade ao princípio da igualdade e garantirem, sobretudo, a consagração do pluralismo.
Em um primeiro momento, a política inclusiva apenas incentivava a participação dos menos favorecidos quando da contratação de trabalhadores e admissão nas escolas. Com vistas a conscientizar os empregadores de que seus empregados deveriam refletir a diversidade existente no contexto social em que se instalavam, os poderes públicos concediam-lhes incentivos das mais variadas ordens. Tratava-se de nítida política de igualação de oportunidades.
Observado, no entanto, que o apoio impulsionador estatal não se mostrou muito eficaz na inclusão, o estabelecimento de medidas mais agressivas tornou-se imperioso. Uma política de igualação de resultados, com a prévia determinação de cotas, preferências de admissão etc fazia-se naquele contexto imprescindível.
Destaca-se, por oportuno, não ter sido de fácil aceitação referida política, na medida em que sua adoção demonstrava a interferência do Estado na autonomia particular, e, principalmente, na tutela de direitos fundamentais individuais.
Não obstante tais considerações, o que se tem ao certo é que a adoção de tal postura por parte do Estado foi decorrente especialmente da crise do Estado liberal — exigia-se, doravante, uma postura ativa do Estado, no sentido de se corrigir as desigualdades historicamente consolidadas.

3.2 Apresentação da política de discriminação positiva
A discriminação positiva corresponde a uma política estatal e privada, de caráter essencialmente transitório e emergencial cuja finalidade é a promoção da igualdade social através da progressiva redução das desigualdades individuais.
De início caracterizou-se por uma política de encorajamento estatal com vistas a conscientizar e integrar os menos favorecidos. Para que, enfim, se tornasse uma política, sem prévia determinação de sujeitos ativos, baseada na solidariedade e na justiça social e tendente à redução das desigualdades e efetivação da dignidade da pessoa humana.

3.2.1 Objetivos da política de discriminação positiva

Nesta conjuntura, o Estado, ao assumir o papel concretizador da programática constitucional, passa a considerar fatores que antes lhe era proibido — em razão do princípio da não discriminação — como essenciais. A raça, a cor, o sexo, a etnia, a nacionalidade, a residência são levados em consideração quando da atuação estatal, não em detrimento dos demais, se salienta, mas sim com a finalidade precípua de que os efeitos da discriminação histórica sejam reduzidos e as desigualdades sociais sejam minimizadas; é a política denominada pelo Tribunal Constitucional Português de redução progressiva das desigualdades através da outorga de direitos especiais de proteção. Nas palavras do ilustre constitucionalista brasileiro Paulo Bonavides, fazer "livres aqueles que a liberdade do Estado de Direito da burguesia fizera paradoxalmente súditos".

Com vistas também a consagrar uma maior representatividade dos excluídos, o princípio da igualdade entendido na sua dimensão social, não apenas reconhece as diferenças, como também as legitima quando sustenta a ideologia da discriminação positiva em seu favor.

Contudo, partindo do pressuposto de que a discriminação positiva objetiva-se pela busca da redução das desigualdades com a introdução de mecanismos compulsórios de inclusão, uma breve questão se coloca: o objetivo pretendido é alcançável apenas com a política de igualação de oportunidades ou faz-se necessário, em determinados casos, a igualação dos resultados?

Consideradas as realidades fáticas de cada segmento, a igualação de oportunidades — concessão a todos, indistintamente, das mesmas condições para concorrência dos bens indispensáveis a uma vida digna — seria suficiente em todos os casos? E ainda, a par disso, a reserva de substancial parcela de bens aos mais desfavorecidos faz-se imprescindível?

De início, independentemente do método adotado, sustenta John Ralws ser imperativo uma atuação da sociedade no sentido de outorgar melhor atenção a todos aqueles situados em posições sociais desfavorecidas, seja em razão da raça, do gênero, do território em que se encontram etc.

Vital Moreira destaca, no entanto, a existência das duas modalidades de ação afirmativa, na medida em que, por serem claros exemplos de atuação política, — natureza jurídica da qual jamais poderá se desvencilhar — sua concretização importa na interpretação da realidade outorgada pelas lentes da ótica política. Mencionado autor apresenta as duas referidas modalidades da seguinte maneira: no primeiro grupo estariam aquelas focadas na redução das situações fáticas produtoras das desigualdades de oportunidades (promover a igualdade à partida) e no segundo grupo estariam aquelas direcionadas ao alcance da igualdade dos resultados (promover a igualdade à chegada).

Enquanto instrumentos de atuação política e tendentes a remodelação de um quadro social, sua estruturação não poderia ser sólida e, tampouco, predeterminada, mas sim maleável concretamente para uma melhor adaptação à realidade em que pretende atuar.

O que resta certo, no entanto, é a irrelevância da natureza jurídico-normativa da política, haja vista o caractere que as associa ser a finalidade patente de justiça social.

3.2.2 Fundamentos justificadores da política

A política de discriminação positiva possui, conforme a ideologia empregada, diversos fundamentos, cada qual com seus respectivos embasamentos e lacunas. No presente, sem pretensão de minuciosidade e esgotamento, serão apresentadas as três fundamentações mais correntes na doutrina, quais sejam: justiça compensatória, justiça redistributiva e pluralismo.

Os adeptos da discriminação positiva como instrumento de compensação baseiam-se no dever de ressarcimento. Sustenta-se serem as discriminações históricas merecedoras na atualidade de uma política compensatória: seus sujeitos passivos seriam detentores do direito de alento ante aos tratamentos que lhes foram dispensados e, sobretudo, às conseqüências atingidas.

Fundada na idéia de que as discriminações sofridas no passado refletiriam duramente nas atuais condições sociais deste grupo de indivíduos, a concessão de privilégios aos seus descendentes seria nada mais do que expressão do princípio de justiça.

No intuito de amenizar os danos causados pela postura discriminatória passada e na tentativa de restabelecimento do status quo ante, a discriminação positiva se legitimaria. Ocorre, todavia, ser esta fundamentação teórica, atestam seus opositores, carreada de um engessamento estrutural impeditivo de sua aplicação global.

Explica-se: argumenta-se que a teoria do ressarcimento do dano, originária do direito civil, possui peculiaridades que por impeditivos básicos não são adaptáveis à política de discriminação positiva. Como responsabilizar alguém ou, mais precisamente, determinado grupo de pessoas, por danos gerados supostamente pela concessão de privilégios usufruídos pela classe ascendente? Ora, responsabilizar toda a sociedade pela discriminação histórica, é somente um argumento moral, mas, absolutamente, desprovido de conteúdo jurídico balizador da reparação.

E ainda, como mensurar os danos sofridos e como se estabelecer quem seriam, efetivamente, as vítimas do tratamento discriminatório hoje merecedor de reparação? Esses são alguns dos inúmeros questionamentos apresentados à fundamentação da justiça compensatória e que, como visto, até hoje anseiam por aclarações.

Neste contexto, diante da problemática da justiça compensatória, a justiça distributiva faz-se presente. Fundada a partir de uma concepção realista da situação e em ordem a construir uma sociedade melhor equilibrada, a discriminação positiva imporá que, de acordo com preceitos da justiça distributiva, “se ditem normações distintas para grupos diversos de cidadãos”.

A redistributividade da justiça, baseada, essencialmente, na concretização da isonomia, pretende distribuir de forma igualitária os ônus e bônus entre todos da coletividade, com o propósito de construir uma sociedade mais justa e paritária.

O i. Ministro do STF, Joaquim B. Barbosa Gomes, adepto desta fundamentação teórica, eleva a justiça distributiva à condição de corolário do Estado Democrático de Direito, definindo sua noção como “(...) pressuposto de que um indivíduo ou grupo social possui o direito de reivindicar vantagens, benefícios ou mesmo acesso a determinadas posições, às quais teria naturalmente acesso caso as condições sociais sob as quais vive fossem de efetiva justiça”.

A justiça distributiva não se conforma com a premissa de que todos os indivíduos são iguais ao nascer; ela exige a adoção de medidas eficazes voltadas à correção das desigualdades produzidas pelas discriminações realizadas no curso da vida destas pessoas, que, ainda que iguais no nascimento, já em seu primeiro suspiro de vida inevitavelmente experimentarão a diferença de oportunidades.

Busca-se, com base nesta diretiva, justificar a adoção de instrumentos tendentes a equilibrar o nível socioeconômico de todo o coletivo, de modo a evitar a existência do paradoxo da igualdade de Rousseau: nenhum cidadão deveria ser tão opulento para poder comprar outrem, e nem tão pobre para ser constrangido a vender a si próprio.

No entanto, mencionada tese também não está alheia às críticas e oposições. Não obstante ser a base fundamental majoritária de muitas ações afirmativas no mundo, sua estrutura teórica encontra-se sob constante objeção e questionamentos. A fragilidade desta teoria está, supostamente, na impossibilidade de se estabelecer um vínculo preciso entre as mazelas hoje existentes e a prática discriminatória passada. Diante da viabilidade da discriminação positiva corrigir inúmeras distorções sociais e não necessariamente aquelas decorrentes da postura segregativa pretérita, a oposição se levanta.

Neste cenário, portanto, somente através do auxílio dos princípios gerais de direito os operadores das ações afirmativas têm tido sucesso na legitimação das medidas. Utilizando-se da perspectiva de consagração do pluralismo jurídico como forma de garantia da dignidade da pessoa humana, justifica-se o emprego de instrumentos objetivamente direcionados a amparar aqueles cuja história é marcada por desigualdades e saqueamento.

A dignidade da pessoa humana, como fundamento da política social, autoriza a restrição legal de direitos e garantias de determinados grupos de indivíduos em prol da coletividade. Utilizando-se da perspectiva saldo social global, considera-se o coletivo subjugado como o maior necessitado de urgentes políticas, daí porque, se privilegia uns em detrimento de outros.

O intento estatal baseado, sobretudo, na busca pela redução das desigualdades históricas dos indivíduos, reconhece, legitima e garante a manutenção das particularidades de cada um, mediante “la creación de una igualdad de oportunidades” compensatórias e tencionadoras da distributividade. Ou seja, percebe-se nesta base ideológica a conjunção das duas anteriores; tudo com vistas à redução das desigualdades pretéritas e à promoção do bem estar social, com uma melhor e mais equilibrada distribuição dos ônus e bônus.

Portanto, insta salientar, por oportuno, a insuficiência do reconhecimento das diferenças para a legitimação do tratamento discriminatório; imperiosa a adequação axiológica histórica constitucional do fim pretendido pela diferenciação. Referida exigência é a garantidora do equilíbrio tencional entre os fins e os meios utilizados para se levar a cabo uma política.

3.2.3 Modalidades de concretização

Conforme visto, a discriminação positiva é um instrumento utilizado pelos setores público e privado. Sendo a promoção da igualdade material um objetivo

coletivo, sua natureza não se coaduna com a prévia determinação dos sujeitos ativos.
Dentro dos poderes públicos elas podem ser promovidas tanto pelo Executivo no estabelecimento, por exemplo, de incentivos aos particulares que com a Administração contratam (em contraprestação eles deveriam adotar a política inclusiva); pelo Judiciário, quando da determinação de reparações; e também pelo Legislativo quando da incumbência constitucional de promover a igualdade real e a redução das desigualdades.
Para consagração material de tais funções a discriminação positiva utiliza-se de alguns mecanismos variáveis conforme a finalidade pretendida, dentre os quais um em especial se destaca: o sistema de cotas. Não obstante o estabelecimento destas ser a modalidade comumente mais utilizada assevera-se não ser ela a única, destaca-se neste trabalho ainda o sistema de preferências, outra modalidade de grande valia na concretização da política afirmativa.
As cotas podem ser conceituadas como a reserva de determinado percentual de bens escassos, destinada a um grupo de indivíduos considerados necessitados de uma atuação positiva estatal e cujo histórico seja marcado de discriminações e desigualdades.
O sistema de preferências, ao contrário das cotas, não visa igualar resultados, mas sim oportunidades, na medida em que todos os indivíduos são semelhantemente classificados. A avaliação quanto a mérito e capacidade de cada um é feita sob a mais estrita igualdade, no entanto, o diferencial está na ocorrência de um empate. Neste caso, por força da discriminação positiva, prefere-se um indivíduo, em detrimento de outro, somente pela pertença ou não a determinado grupo previamente estabelecido.
Cumpre-nos salientar, por oportuno, existirem outras modalidades, cada qual particularizada com determinadas situações fáticas, contudo, detentoras do mesmo objetivo, inclusão social. Citem-se assim, o sistema de bônus, a oferta de tratamentos especiais, os incentivos fiscais etc., cujas maiores digressões não se fazem pertinentes porque muito alocadas às suas especificidades concretas.

3.2.4 Importância da Política no Contexto Social

A discriminação positiva assenta-se na dimensão social do princípio da igualdade, qual seja, na obrigação de diferenciação, na exigência de que fatores concretos da realidade sejam levados em consideração quando da prática legislativa no propósito de se alcançar a justiça material e social.
Trata-se de medidas corretivas das desigualdades existentes e, sobretudo, são verdadeiros instrumentos de legitimação das democracias, isto porque, na medida em que o Estado se fundamenta em uma política comprometida na busca da justiça material, apoiado na promoção da igualdade substancial, a sociedade o legitima.
Em verdade, a ideologia democrática impede que o Estado se abstenha do compromisso garantidor da justiça social e promotor da solidariedade.
O problema das exclusões sociais de há muito preocupa a sociedade, daí porque a solidariedade social não apenas impele a obrigação do poder público de atuar, como também convoca toda a comunidade na empreitada redistributiva.

Desta feita, como instrumentária deste contexto, apresenta-se a discriminação positiva, cujo assentamento é a solidariedade e a finalidade é a justiça. Referido valor tem sido um instrumento de grande valia na pretensão inclusiva de muitas democracias, porque incentivador da adoção de políticas diferenciadas tendentes à consideração dos menos favorecidos.
Nas célebres palavras do administrativista brasileiro Marçal Justen Filho: "A solidariedade impede que o Estado ignore o sofrimento individual ou as tragédias coletivas. (...) Isso significa tanto a prestação de utilidades diretamente pelo Estado como o exercício de suas competências regulatórias para induzir à obtenção de resultados dessa ordem".
A solidariedade revela-se em instrumento da discriminação positiva porque consagra em sua manifestação o eco dos excluídos. "A dimensão solidária da cidadania implica o empenhamento simultaneamente estadual e social de permanente inclusão de todos os membros na respectiva comunidade de modo a todos partilharem um mesmo denominador comum, um mesmo chão comum, que assim os torne cidadão de corpo inteiro dessa comunidade".
Destaca-se, também, a função psicológica exercida pelas ações positivas na consciência de todo um povo, na medida em que incute de forma homeopática a inexistência de raças superiores, dominadoras, geneticamente elevadas etc. A partir do momento em que os destinatários das medidas passam a integrarem-se na sociedade de forma paritária seus feitos são reconhecidos e sua individualidade é, finalmente, consagrada como não limitadora de suas capacidades.
Nos dizeres de Joaquim B. Barbosa Gomes: "esses instrumentos visam induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginativo coletivo a idéia de supremacia e subordinação de uma raça em relação à outra, do homem em relação à mulher".
Aristóteles vinculou o ideal de justiça à noção de igualdade, valores estes até hoje intimamente ligados, consideradas, por óbvio, as particularidades histórico-culturais. Igualdade hoje se entende no sentido de busca da justiça material, na igualização de condições dos desiguais e na sua, conseqüente, inclusão.
Sob este fundamento o legislador está intrinsecamente vinculado à obrigação de tutela daqueles que se encontrem em condições desfavoráveis e, portanto, estejam alijados do âmbito de incidência da justiça social. Referido atrelamento constitucional do legislador não decorre simplesmente por ser o princípio da igualdade estruturante da República Portuguesa, mas, sobretudo, por ser um princípio de justiça social vinculativo de todas as políticas estatais.
Em palestra proferida no Tribunal Superior do Trabalho no ano de 2001, o Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, então presidente do Supremo Tribunal Federal, destacou a importância das ações afirmativas e, sobretudo, dos agentes dela realizadores.

Do artigo 3º da Constituição Federal vem-nos luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de uma forma desigual (...) 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. E é necessário que essa seja a posição adotada pelos nossos legisladores.

A justiça social anseia pelas chamadas leis providência cuja ação seria caracterizadamente interventora e compromissada na realização da redução das desigualdades existentes. Luis Cabral de Moncada destaca, no entanto, não poder a intervenção legislativa reduzir-se à caracterização de atividade caridosa. Busca-se com a obrigação de diferenciação, assevera o autor, a igualdade de oportunidades dos mais desfavorecidos, e não a legalização da inveja, cujo fim não seria a compensação, e sim, a reprodução das desigualdades. Deste modo, utiliza-se o princípio da igualdade para não apenas coibir discriminações, como, também, para impulsionar e dirigir a prática legislativa compensatória, com vistas à efectiva realização do direito.
A política de justiça social é diretamente relacionada à concretização das imposições constitucionais promotoras da elevação do bem-estar social, cultural e econômico, cujo parâmetro avaliativo seria o mediano, ou seja, o equilíbrio da sociedade.
Assim, percebe-se a discriminação positiva utilizar-se da perspectiva saldo social global, na medida em que ao desprestigiar determinados indivíduos, permite o progresso completo da sociedade em que estes estejam inseridos. Referido método garante harmonia no coletivo, na medida em que as desvantagens sofridas por alguns garantem incremento igualitário do todo.
Nesta condição, portanto, igualdade e discriminação são postas de formas distintas: proíbe-se a discriminação produtora de desigualdades, contudo, aquela será prescrita sob a justificativa de compensação da desigualdade já produzida, ou seja, discrimina-se para promover a igualdade constitucionalmente garantida.
Trata-se agora de uma verdadeira conformação da ordem social constitucional, através de uma política vinculada aos ideais de justiça redistributiva, de redução de desigualdades e, sobretudo, compromissada na defesa e auxílio dos económica e socialmente mais fracos.

4 Alguns exemplos de políticas afirmativas adotadas em Portugal tendentes à redução das desigualdades regionais

Como é sabido, Portugal possui um elevado estado de desigualdade regional e nesta condição têm sido frequentemente adotadas medidas tendentes à correção das diferenças.
Seu nível de desenvolvimento econômico e social é relativamente baixo quando comparado aos demais países da União Européia. Referido fato deve-se, principalmente, às desigualdades sociais aí existentes, sobretudo a territorial.
Assente a clareza desta realidade, com muita propriedade o Dr. Fernando dos Reis Condesso assim preleciona:

a realidade económico-social portuguesa caracteriza-se por um quadro espacial de claro dualismo, com os desequilíbrios regionais a agravarem-se num processo cumulativo. Há várias regiões com características próprias, que

interactuam entre si. (...), onde estabelecem relações desequilibradas. O crescimento interestadual e intranacional deve ser efetuado de uma forma concertada e com o devido controlo assente em compensações e apoios comunitários de descriminação positiva, tendo em conta as assimetrias regionais, muitas vezes correspondendo a assimetrias sociais.

Sabe-se que um país bem estruturado deve ter sua população distribuída de forma razoavelmente eqüitativa por todo o território, de modo que os benefícios e ônus sociais sejam suportados de forma mais equilibrada.
O desenvolvimento equilibrado de um país somente é alcançado quando inexistem pólos antagônicos dentro de seu território; daí porque a coesão social se torna cada vez mais imprescindível. "Dessa concertação faria parte identificar bem o território e dar idênticos direitos de cidadania ao litoral e ao interior, à Região Centro e ao Alentejo, às áreas metropolitanas e às zonas de grande capacidade turística, às zonas rurais de baixa densidade, em suma, dar lugar próprio a cada componente do nosso sistema regional".
Portugal possui regiões que experimentam um progressivo aumento de sua densidade demográfica, ao mesmo tempo em que outras vêm tendo sua população substancialmente reduzida.
O Instituto Nacional de Estatística recentemente divulgou os dados de seu último censo. A conclusão chegada não foi de todo surpreendente para os analistas: a concentração populacional manteve-se em níveis consideravelmente elevados. Em meados de 2002, a população permaneceu concentrada na Região Norte (32%), seguida de Lisboa (26%) e da Região Centro, que detém 23% da população. As demais regiões de Portugal não apresentaram taxas demográficas superiores a 8% da população nacional, fato que demonstra a elevada concentração populacional nos grandes centros urbanos, ou, mais precisamente, no litoral, com o conseqüente fenômeno de "desertificação" do interior.
Os desequilíbrios territoriais ensejam, sobretudo, o aumento das desigualdades sociais existentes, haja vista a desproporcional distribuição das riquezas produzidas dentro do território nacional. A concentração demográfica exige uma maior centralização dos recursos estatais e, por conseqüência, relega ao segundo plano aquelas regiões supostamente não necessitadas de programas emergenciais de essencialidade pública.
Aludida realidade tende apenas a se agravar no futuro caso medidas efetivas não sejam adotadas. Com o incremento populacional e a atuação estatal direcionada a uma determinada região, as demais áreas tendem progressivamente a reduzir seu potencial produtivo e econômico, e, consequentemente, verem sua população migrar para as áreas de nível socioeconômico mais elevado.
E, assim, o ciclo vicioso se completa: desertificam-se regiões por falta de recursos e, naquelas populacionalmente atrativas a concentração dos problemas sociais aumenta na mesma proporção que a sua densidade demográfica.
Destaca-se, nesta conjuntura, o artigo 81º da Constituição da República Portuguesa, que estabelece na alínea d ser um dos objetivos prioritários do Estado promover a coesão económica e social de todo o território nacional. Ora, a integração harmônica do território de um país é condição fundamental

para que os direitos e garantias sejam mais bem distribuídos e tutelados, daí porque a chancela deste objetivo pode fundamentar e balizar a promoção de discriminações positivas a favor dos sectores e das regiões mais desfavorecidas.

Nesta perspectiva, medidas passaram a serem tomadas com vistas a inverter o processo de desigualdade territorial vivido em Portugal. Em busca de um desenvolvimento harmônico e uniforme, políticas regionais de discriminação positiva, fundadas no reforço da solidariedade nacional, vieram a ser adotadas.

Desta feita, no sentido de promover a solidariedade — valor fundamental da ordem político-econômica, consagrado no artigo 1º da Constituição da República Portuguesa — às classes desprestigiadas foi dado pretender o direito à inclusão. Constatada a existência de necessidades coletivas locais, a despeito das necessidades coletivas da nação, somente por expressão da solidariedade se logrará satisfazê-las.

Objetivando estimular economicamente determinadas regiões do país, as diferenças e particularidades de cada região foram legitimamente reconhecidas e, principalmente, no intuito de que a programática constitucional fosse concretizada, o legislador tem adotado uma postura ativa e compromissada na busca pelo desenvolvimento estruturado de Portugal.

Destaca-se em Portugal, ainda, a Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo (Lei nº 48/98), importante instrumento legislativo na busca pela condução simétrica do desenvolvimento regional do país. Neste documento há uma descrição pormenorizada dos objetivos da política territorial-organizatória, dentre os quais se destaca a adoção de medidas tendentes à atenuação das assimetrias regionais existentes.

Discriminando positivamente determinadas regiões, busca-se a redução das disparidades existentes e, sobretudo, outorga-se aos mais desfavorecidos a oportunidade de, num futuro próximo, desenvolverem-se sem o auxílio de medidas emergenciais. Trata-se, portanto, de políticas que, além de abreviar as distâncias existentes entre as regiões congestionadas e aquelas em progressiva escassez de contingente humano, também dão suporte material concreto para acelerar a correção dos desequilíbrios econômicos existentes.

Neste contexto a discriminação positiva tem sido conceituada como um instrumento emergencial estratégico na prática da ordenação do planejamento territorial.

Apresentaremos a seguir, a título meramente exemplificativo e sem pretensão de aprofundamento técnico quanto às políticas adotadas, dois exemplos de medidas positivas adotadas em Portugal no plano territorial.

4.1 Regulamento do concurso do pessoal docente da educação pré-escolar e ensinos básico e secundário, aprovado pelo artigo 1º do decreto da Assembléia Legislativa Regional dos Açores nº 26/2003

Trata-se de norma cujo conteúdo estabelece uma discriminação positiva em favor de candidatos possuidores de alguma ligação com a Região Autônoma dos Açores em um concurso para provimento do cargo de docentes.

O regulamento em pauta é exemplo de uma medida de discriminação positiva, na modalidade de sistema de preferências; objetivou-se proporcionar uma melhor e mais estável educação nos Açores, mediante a concessão de privilégios a um determinado grupo de indivíduos.

A particularidade levada em consideração no caso em apreço seria a especial ligação dos candidatos à Região Autônoma dos Açores, cuja finalidade foi descrita no preâmbulo do regulamento: a necessidade de garantir estabilidade dos seus quadros, impedindo que os mesmos sejam utilizados como mero ponto de passagem para ingresso nos quadros de outras regiões do País. Referido critério diferenciador foi adotado no sentido de constituir uma mais valia necessária ao sistema educativo daquela Região, na medida em que contribui, sobremaneira, para a constância e qualidade dos quadros docentes.
A Constituição da República Portuguesa no artigo 81, alínea e, estabelece como um dos objetivos prioritários do Estado a promoção da correção das desigualdades derivadas da insaluridade. É inteiramente legítima uma norma que pretende privilegiar determinados indivíduos sob a justificativa de que somente assim as desigualdades sociais serão reduzidas, sobretudo quando estas decorrem de diferenças naturais territoriais.
O Arquipélago dos Açores, por situar-se na região insular, não possui as mesmas condições econômicas desfrutadas pelo restante do território português, daí porque se justifica o privilégio de seus moradores, em detrimento dos demais nacionais portugueses, à luz do principio da correccção das desigualdades derivadas da insularidade.
Destaca-se que o concurso em questão tinha abrangência geral e em nenhum momento o acesso ao certame foi restringido; não obstante, estabeleceu-se, em sede de prioridade de colocação, uma especial vantagem aos candidatos comprovadamente vinculados à Região dos Açores. Referida medida visava garantir também deveres estatais, na medida em que a própria Constituição Portuguesa e a Lei de Bases do Sistema Educativo estabelecem a significativa importância da integração dinâmica das escolas e, por conseguinte, dos docentes, à comunidade.
O critério utilizado como determinante na situação em apreço foi considerado pelo Tribunal Constitucional Português como absolutamente legítimo e imprescindível para o alcance da finalidade pretendida, qual seja a estabilidade dos quadros educacionais e a garantia de uma melhor qualidade de ensino aos habitantes da Região beneficiada.
Assim, com vistas a reduzir as desigualdades de fato existentes no plano territorial de Portugal, implementou-se uma política pública de incremento educacional progressivo e duradouro, mediante a valorização de uma categoria regional em determinado momento.

4.2 Regime SCUT (sem custo para o utilizador) – portagens rodoviárias
As concessões SCUT são um modelo de política estatal positiva, no âmbito rodoviário, em que o Estado assume o encargo pelo pagamento das portagens na condição do concessionário assumir o dever pela construção, manutenção e exploração da auto-estrada. A intervenção remuneratória estatal, no entanto, é provisória, regionalmente específica e tem por finalidade promover um maior desenvolvimento das regiões beneficiadas pela integração rodoviária territorial.
A integração rodoviária de um país faz-se cada mais premente no intuito de que os efeitos danosos das desigualdades territoriais sejam minimizados. Estimular o incremento na construção de mecanismos hábeis a abreviar distâncias deve ser sempre encorajado. Neste contexto as políticas SCUT se fundamentam. O Estado, ciente da necessidade de que as regiões

desfavorecidas necessitam de olhares atentos às suas especificidades, adota uma postura efetiva e chama o particular para ajudá-lo. No intuito de que regiões "problema" detenham melhores condições econômicas, sociais e um desenvolvimento sustentável, o Estado impulsiona a integração rodoviária e impede que os custos desta sejam imediatamente suportados pelos utentes.

A escolha das regiões a serem discriminadas positivamente, por meio das portagens SCUT, foi estruturada com base em indicadores de desenvolvimento socioeconômico das potenciais regiões a serem beneficiadas, os quais podem ser divididos em três critérios: 1) Índice de disparidade do PIB per capita regional; 2) Índice do poder de compra concelhio (IPCC); 3) Tempo de percurso das vias alternativas. Com base nestes critérios, a política é estudada, implantada e, posteriormente, quando verificado o alcance da finalidade da proposta, suprimida pela aplicação do princípio do utilizador-pagador.

Referida política é por vezes questionada, principalmente no que tange ao seu aspecto econômico. Por certo não se trata de uma política economicamente rentável e sedutora aos olhos dos investimentos privados. Contudo, insta salientar ser este um projeto essencialmente social. Referida realidade foi mencionada em um dos Pareceres da Procuradoria Geral da República: "(…) verifica-se não raro existirem projectos que não são economicamente rentáveis e apetecíveis ao investimento privado, mas não deixam de ser socialmente necessários. Muitas vezes, os governos vêem-se confrontados com a necessidade de fazer investimentos que têm de ser gratuitos para os utentes".

Atingido na região beneficiada pelo SCUT um nível de desenvolvimento razoável e simétrico em comparação às demais regiões, tidas por ideal a ser atingido, a isenção de pagamento pelos usuários não se mantém, dado que a condição de desigualdade não mais subsiste. Neste contexto, portanto, o princípio do utilizador-pagador se faz presente. Caso contrário, se a manutenção da isenção do pagamento das portagens pelas regiões que já lograram usufruir os benefícios da política positiva se mantivesse, estar-se-ia diante de uma política despicienda e, sobretudo, carente de legitimidade, na medida em que viola o princípio da igualdade ao tratar iguais como desiguais.

Verifica-se, portanto, que uma vez atingida a finalidade da política pública de inclusão e de redução das desigualdades, a ação positiva perde sua ratio e torna-se arbitrária.

Trata-se, afinal, de autêntica política de discriminação positiva cuja finalidade, mais uma vez, é a redução das desigualdades territoriais em Portugal. Mas, uma vez verificado o incremento esperado das regiões menos favorecidas e, consequentemente, a nivelação social do país, a política SCUT, por ter atingido sua finalidade, deverá por certo ser extinta.

5 Conclusão

Pretendeu-se apresentar a dimensão social do princípio da igualdade — discriminação positiva — como fundamento chave para as políticas públicas de inclusão. A nova realidade social, exigente de um comportamento ativo estatal, outorga ao princípio da igualdade natureza axiológico normativa, elevando-o à condição de protagonista na tarefa de reconstrução do Estado Social Democrático.

A promoção da igualdade social pode ser incentivada por inúmeros instrumentos, dentre os quais se destaca a discriminação positiva. Neste contexto, o princípio da igualdade, adstrito ao da socialidade, adquire status de regulador da intenção normativa, no intuito de corrigir as desigualdades tendenciais de cada indivíduo e, sobretudo, de apresentar-se como programa de acção na busca pela realização da justiça social com a consagração do pluralismo.

A atuação inclusiva foi brilhantemente estudada no Acórdão do Tribunal Constitucional Português nº 509/2002, sendo ali transcrita importante conclusão do Tribunal Constitucional Alemão sobre o tema, in verbis: "A comunidade estatal deve garantir-lhes (aos desfavorecidos), em qualquer caso, os pressupostos mínimos para uma existência humanamente digna e, além disso, esforçar-se pela sua integração na sociedade tanto quanto possível [...]".

Conclui-se, portanto, que a política da justiça social, fundamentada na dimensão socializante do princípio da igualdade, não apenas coíbe as discriminações arbitrárias, mas também impulsiona e dirige a prática legislativa compensatória, com vistas a uma efetiva realização do direito.

A tarefa fundamental do Estado Português de transformação e modernização das estruturas econômico-sociais consiste, em realidade, na realização e legitimação da própria democracia. A política de discriminação positiva, quando da assunção do papel socializante e legitimador dos regimes políticos que assiste, é um excelente exemplo de medida tendente a modificar as estruturas sociais e econômicas do país no caminho de uma legítima democracia.

Neste contexto, o presente trabalho trouxe a lume dois exemplos de ações positivas praticadas em Portugal. Referidas menções, como salientado anteriormente, não tiveram em absoluto a pretensão de esgotar o tema, mas tão-somente demonstrar a atual tendência política praticada quando da concretização da programática constitucional portuguesa.

A igualdade de oportunidades e a progressiva redução das desigualdades sociais é tarefa fundamental de todos os Estados Democráticos de Direito. Existindo uma parcela substancial da população que, por alguma razão histórica, não goze de tais garantias, é imperiosa a ação estatal no sentido de reduzir tal desequilíbrio socioeconômico.

Assim, sob a perspectiva da dimensão social do princípio da igualdade, cujo objetivo é a obtenção da simetria de direitos e garantias fundamentais, assume o Estado uma imensa e árdua tarefa, não apenas de impor políticas públicas profundas, mas também de se tornar protagonista da transformação da sociedade na direção de uma verdadeira democracia. Para tanto, ele deve abandonar a posição de mero garantidor de direitos e garantias individuais em prol da adoção de uma postura firme na defesa dos interesses coletivos, manifestos nas necessidades das minorias que se acham historicamente excluídas e subjugadas.

Referências

ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl. El Estado social. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1986.

ALBUQUERQUE, Martim. Da igualdade: introdução à jurisprudência. Coimbra: Almedina, 1993.

ALVES, Sofia. Igualdade de tratamento entre homens e mulheres: discriminação positiva (sistema de quotas): a decisão Kalanke de 17 de outubro de 1995. Revista Jurídica, Lisboa, n. 20, nov. 1996.

AMARAL, Diogo Freitas do. Ordenamento do território, urbanismo e ambiente: objecto, autonomia e distinções. Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, n. 1, 1994.

ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ARISTOTELES. Ética a Nicómaco. Tradução de Antonio C. Caieiro. Lisboa: Queztal Editores, 2004.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAETANO, Marcello. Manual de direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1980. v. I.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Anotação ao Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa. Revista de Legislação e Jurisprudência, Coimbra, ano 134, n. 3927/3928, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da Republica portuguesa anotada. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

COLOMER VIADEL, Antonio; LOPEZ GONZÁLEZ, José Luis. Programa ideológico y eficácia jurídica de los derechos sociales. In: Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. v. 3.

CONDESSO, Fernando dos Reis. Ordenamento do território: administração e políticas públicas: direito administrativo e desenvolvimento regional. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2004.

CORREIA, Fernando Alves. O plano urbanístico e o princípio da igualdade. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismos de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais, e pessoas portadoras de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DWORKIN. Ronald. Discriminação positiva. Judicial Review – O Sonho Americano. Sub Judice, Lisboa, n. 12, jan./jun. 1998.

DWORKIN. Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel Derecho, 1984.

ESTEVES, Maria do Céu. A política regional comunitária e o FEDER. In: A economia portuguesa face à CEE: balanço de um ano de integração. Lisboa: Livros Horizonte, 1988.

FERNANDES, Mário João de Brito; PINHEIRO, Alexandre Sousa. O art. 13º da Constituição, um 11º mandamento? Revista Jurídica, Lisboa, n. 20, nov. 1996.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantias: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

FLEURBAEY, Marc. Egalitarian opportunities. Law and Philosophy, Netherlands, v. 20, n. 5, 2001.

FORTUNA, Mário. Economia Açoriana e história económica e empresarial. Actas do Colóquio de 2002. Banco Espírito Santo dos Açores, 2004.

FRANCO, António de Sousa. A integração económica do espaço português. Economia e Sociologia – Estudos Eborenses, Évora, n. 8/10, 1970.

GABINETE DE PLANEAMENTO E POLÍTICA INDUSTRIAL DA CORPORAÇÃO DA INDÚSTRIA. A política de desenvolvimento regional e suas ligações com o planeamento sectorial da indústria. Economia e Sociologia – Estudos Eborenses, Évora, n. 6/7, 1969.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HABERMAS, Jurgen. Aclaraciones a la ética del discurso. Madrid: Trotta, 2000.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HUNT, Paul. Reclaiming social rights. England: Ashgate Publishing Limited, 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

LARENZ, Karl. Derecho justo: fundamentos de ética jurídica. Tradução de Luis Diez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.

LAUBADERE, André de. Direito público econômico. Coimbra: Almedina, 1985.

LEE, R. A. The evolution of affirmative action. Public Personnel Management, v. 28, n. 03, 1999.

LOPES, Antonio Simões. Desenvolvimento regional: problemática, teoria, modelos. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

MARTIN VIDA, Maria Angeles. Fundamento y limites Constitucionales de las Medidas de Acción Positiva. Madrid: Civitas, 2002.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Ótica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. In: SEMINÁRIO NACIONAL DISCRIMINAÇÃO E SISTEMA LEGAL BRASILEIRO. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2001.

MENESES, António Bernardo; SÈVES, Lorena de. A invenção de um território europeu?: das possibilidades de uma política pública européia de ordenamento do território. Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, n. 10, 1998.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. Portugal: plano de desenvolvimento regional 2000-2006. Lisboa: Ministério do Planejamento, 1999.

MIRANDA, João. As relações entre planos territoriais: alguns problemas. Revista Jurídica – Ordenamento do Território, Lisboa, n. 12, 1998. Número temático.

MIRANDA, Jorge. Igualdade e participação política da mulher. In: Constituição e cidadania. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

MONCADA, Luis S. Cabral de. Contributo para uma teoria da legislação. In: Estudos de Direito Público. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

MONCADA, Luis S. Cabral de. Direito económico. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

MOREIRA, Vital. A morte no centro: Coimbra e regionalização das beiras. Coimbra: Audimprensa, 1998.

MOREIRA, Vital. O Artigo 109º da CRP e a igualdade de homens e mulheres no exercício de direitos cívicos e políticos. In: Democracia com mais cidadania: a questão da igualdade de participação política. Lisboa: Imprensa Nacional, 1998.

MULLER, Friedrich. Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

NABAIS, Jose Casalta. Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania. Coimbra: [s.n.], 1999. Separata do: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, v. 75, 1999.

NABAIS, Jose Casalta. Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional. Coimbra: [s.n.], 1990. 64 p. Separata do: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, v. 65, 1990.

NEVES, Antonio Castanheira. O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais. Coimbra: Coimbra Ed., 1983.

NOGUEIRA, J. Vilas. Igualdad jurídica y desigualdad economica en el Estado capitalista: los derechos sociales. Revista de Estúdios Políticos – Nueva Época, n. 14, Madrid, mar./abr. 1980.

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de direito: do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito. Coimbra: [s.n.], 1987. p. 9-252. Separata do: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, v. 29, 1987.

NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

PADILLA, Miguel M. Lecciones sobre derechos humanos y garantías. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. v. 2.

PINHEIRO, Leila Teixeira. Ação afirmativa e princípio da igualdade: a questão das quotas radicais para ingresso no ensino superior no Brasil. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2005.

PINTO, Maria da Gloria Ferreira. Princípio da igualdade: fórmula vazia ou fórmula carregada de sentido? Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, n. 358, 1987.

PUYOL GONZALEZ, Angel. La inestabilidad del igualitarismo político. In: Pensar la igualdad y la diferencia: una reflexion filosófica. Madrid: Fundacion Argentaria: Visor Distribuiciones, 1995.

RALWS, John. Uma teoria da justiça. Tradução de Carlos Pinto Ferreira. Lisboa: Fundamentos, 1993.

RESS, Hans-Konrad. A admissibilidade da discriminação positiva em relação às mulheres, de acordo com a lei fundamental alemã. Revista Jurídica, Lisboa, n. 20, nov. 1996.

ROBINSON, Robert K; PAOLILLO, Joseph G. P.; REITHEL, Brian J. Race – based preferential treatment programs: raising the bar of establishing compelling government interests. Public Personnel Management, v. 27, n. 3, 1998.

ROCHA, Carmem Lucia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 15, p. 85-99, 1996.

ROSENFELD, Michel. Affirmative action and justice: a philosophical e constitutional inquiry. New York: Yale University Press, 1991.

ROUSSEAU, Jean Jacques. Do contrato social. In: Os pensadores. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SÁ, Jorge A. Vasconcelos e. Portugal a voar baixinho: um país à procura da convergência real. Lisboa: Verbo, 1999.

SCHOTTER, Andrew; WEIGELT, Keith. Assymetric Tournaments, Equal Opportunity Laws, and Affirmative Action: Some Experimental Results. The Quartely Journal of Economics, Cambridge, v. CVII, issue 2, 1992.

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

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. Direito público e sociedade técnica. Coimbra: Atlântida, 1969.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. Direito administrativo geral: introdução e princípios fundamentais. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2004. t. I.

STARCK, Christian. Constitucional interpretation. In: Studies in German Constitucionalism. Auflage: Nomos Verlagsgesellschaft, 1995.

VALLESPIN, Fernando. Igualdad y diferencia. In: Pensar la igualdad y la diferencia: una reflexión filosófica. Madrid: Fundacion Argentaria: Visor Distribuiciones, 1995.

VAZ, Manuel Afonso. Direito econômico: a ordem económica portuguesa. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Neoliberalismo e Estado de direito. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 4, n. 14, 1996.

VUURE, Rogier Van. The limits of affirmative action in regard to the principle of gender equality in the EU legal order. Monografia (Mestrado em Ciências Jurídico Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2001.

WIACKER, Franz. História do direito privado moderno. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

Referências eletrônica

DECISÃO Brown vs Board of Education of Topeka, 347 US 483 de 17 de maio de 1954. Disponível em: <http://usa.usembassy.de/etexts/crights/scdec/brown54.htm>. Acesso em: 28 fev. 2007.

DECISÃO Regents of University of Califórnia vs Bakke, 438 US 265 de 28 de junho de 1978. Disponível em: <http://usa.usembassy.de/etexts/crights/scdec/ucbakke.htm>. Acesso em: 28 fev. 2007.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/joaquim_b_gomes/jg_2.html>. Acesso em: 13 fev. 2007.

JURISPRUDÊNCIA – Supreme Court of the United States. Disponível em: <http://www.supremecourtus.gov/>. Acesso em: 10 jan. 2007.

O REGIME SCUT enquanto instrumento de correcção de assimetrias regionais. Critérios para aplicação de portagens. Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/NR/rdonlyres/8BF10FEA-AFE1-43A9-8972-BEF35EA7EFFE/0/Relatorio_Scut.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2007.

PARECER do Conselho Consultivo da PGR. PGRP00002109. P000582002. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/0/754aa1ff921c88c180256bea004a811f?OpenDocument&ExpandSection=-3%2C-2%2C-1#_Section4>. Acesso em: 12 fev. 2007.

PROGRAMA do XVII Governo Constitucional. Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Governos/Governos_Constitucionais/GC17/Documentos/Doc_Programa_Governo_17.htm>. Acesso em: 23 jan. 2007.

RELATÓRIO de fevereiro de 2006 da Política Nacional de Ordenamento do Território. Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/NR/rdonlyres/ADD0EDA8-B260-4F0F-9A0F-8B565EC7A321/0/PNPOT_Relatorio.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2007.

SCUT – perguntas e respostas. Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Governos/Governos_Constitucionais/GC16/Ministerios/MOPTC/Comunicacao/Outros_Documentos/20041223_MOPTC_Doc_Scut.htm>. Acesso em: 13 fev. 2007.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SILVA, Moema Santana. A Política de Discriminação Positiva Enquanto Instrumento de Transformação Social. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 22, junho, julho, agosto, 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-JUNHO-2010-MOEMA-SANTANA-SILVA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Nenhuma informação disponível.