

CONTEÚDO JURÍDICO DA IGUALDADE NOS DIREITOS SOCIAIS

LEGAL EQUALITY CONTENT IN SOCIAL RIGHTS

Renata Maldonado Silveira Romão¹

RESUMO

No presente estudo buscou-se analisar o conteúdo jurídico de igualdade nos direitos sociais. Através de abordagens de questões históricas envolvendo conceitos de democracia e fundamentos de direitos humanos.

Com ênfase na consolidação de efetivação da igualdade através da criação e aplicação de políticas públicas sociais afirmativas. Objetivando concreta redução do abismo social havido como um todo na sociedade.

A questão cerne da presente pesquisa é: Terá o conteúdo jurídico da igualdade nos direitos sociais função de garantir o acesso de todo e qualquer cidadão às políticas afirmativas?

Palavras-chave: conteúdo jurídico; igualdade; políticas públicas; ações afirmativas.

ABSTRACT

In the present study we sought to analyze the legal content of equal social rights. Through approaches to historical issues involving concepts of democracy and human rights grounds.

With an emphasis on consolidation of effective equality through the development and implementation of affirmative social policies. Aiming to reduce the concrete social gap there as a whole in society.

The crux of this research is: Has the legal content of equal social rights function to ensure all access and all citizens to affirmative policies?

Keywords: legal content; equality; public policy; affirmative action.

¹ Mestranda do programa de Mestrado de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba, advogada sócia da Marchetti & Maldonado Sociedade de Advogados, professora da Faculdade de Sorocaba e da Faculdade Ipanema. Email: renata@marchettiemaldonado.com.br

1. INTRODUÇÃO

A seguir se passará a discutir acerca da importância do princípio constitucional da igualdade sob o aspecto dos direitos sociais. E para aquilatar o centro da análise buscou-se embasamento jurídico-legal, doutrinário e jurisprudencial, tanto os aplicados no território nacional como os internacionais.

Diversos são os atores envolvidos quando da pesquisa envolvendo princípio da igualdade e direitos sociais, notadamente por ser parte de um todo que são os direitos humanos.

Razão pela qual o conteúdo histórico faça parte da contextualização aqui apresentada bem como apresentação de tratados internacionais e análise de dados comparativos.

Mesmo sendo uma temática atual se faz necessário vasculhar os escombros da obscura história das raízes de desigualdade que ainda estão fortemente presentes no dia-a-dia da população brasileira.

Pretende-se ainda, investigar as políticas públicas e ações afirmativas do estado ao longo dos anos, com vistas à possível constatação da ineficácia nacional no âmbito dos direitos sociais.

2. DOS DIREITOS SOCIAIS

Logo após a segunda guerra mundial as pessoas clamavam pela redemocratização, através da superação de sistemas autoritários. Mais que isso, se fazia gritante uma nova ordem mundial, pautada no respeito e universalidade do respeito ao ser humano, simplesmente por ser humano.

Diferentemente do que muitos afirmam, direitos humanos não podem e não devem ser impostos de uma vez por todas, à força. Há que se galgar etapa por etapa, avanços seguros que garantam seu aperfeiçoamento permanente. Na lição de Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988), os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Direitos humanos são na verdade uma construção valorativa, que surge a partir de lutas e anseios populares ao longo dos anos. Para Hannah Arendt (ARENDR, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*, trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979), os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução.

Foi a partir, principalmente, da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que a temática teve sua mais importante aparição, o que garantiria nunca mais deixar de ser discutida e permanecer em constante evolução. Sendo pauta de acaloradas discussões globalmente.

É certo que para muitos, os direitos humanos não passam de belos discursos populistas para alcançar os aplausos populares, com pouca ou até nenhuma objetividade ou aplicação. Nesse sentido, Michel Villey trata que os direitos humanos são importantes ferramentas na fundamentação de bons advogados ou de políticos hipócritas.

Por sorte, esse não é entendimento predominante. Sabe-se que a temática de direitos humanos tem grande importância na própria idealização e consolidação da democracia. É um dos pilares de todo e qualquer estado dito democrático de Direito.

Não é possível conceber uma nação dita democrática a qual não se reveste de respeito nesse sentido, e não possua em sua pauta políticas que contemplem ações afirmativas na consolidação dos direitos humanos no plano dos direitos sociais.

Por serem considerados direitos fundamentais de segunda geração, os direitos sociais não são apenas importantes, são imprescindíveis na organização do estado democrático de direito, para que se garanta a máxima aristotélica da isonomia.

Por serem sociais, tais direitos necessitam da efetividade política, no sentido da demanda de procedimentos e recursos públicos para sua concretização. Gerando grandes embates nas escolhas de políticas públicas até que se alcance o patamar de sociedade ideal, que é aquela onde se verifica a liberdade, a justiça e o bem-estar social de todos, ou seja, o grande objetivo da Constituição Federal do Brasil de 1988.

Elencados nos artigos 6º ao 11º da Constituição Federal, os direitos sociais são: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

3. DA IGUALDADE

Quando se trata do conceito jurídico de igualdade, não se pode olvidar da definição aristotélica, a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Inegável a profundidade da definição elaborada há mais de 300 anos a.c., ao analisar a sociedade e determinar que para se atingir o equilíbrio, o ideal de justiça. Longe de assentuar a segregação, observa que é necessário não ignorar as diferenças, antes disso, tratar as igualdades e diferenças de modo a promover políticas públicas que levem à construção de uma sociedade ideal.

Imperioso observar, quase sessenta anos após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, destaca-se não apenas o direito à igualdade como também se contempla a ideia do direito à diferença. Ou seja, com vistas a coibir movimentos pautados na discriminação do diferente, na segregação racial, sexual ou qualquer que seja.

E é nesse sentido que se faz necessário observar a lição da professora Flávia Piovesan (PIOVESAN,2006):

Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu

tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça como reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e outros).”

Concebe-se assim que o direito à igualdade deverá ser observado através de pelo menos duas vertentes, formal e material. E, ainda, segundo Nancy Fraser (FRASER, 2001) a justiça exige, simultaneamente, redistribuição e reconhecimento de identidades:

O reconhecimento não pode se reduzir à distribuição, porque o status na sociedade não decorre simplesmente em função da classe. Tomemos o exemplo de um banqueiro afro-americano de Wall Street, que não pode conseguir um táxi. Nesse caso, a injustiça da falta de reconhecimento tem pouco a ver com a má distribuição. [...] Reciprocamente, a distribuição não pode se reduzir ao reconhecimento, porque o acesso aos recursos não decorre simplesmente da função de status. Tomemos, como exemplo, um trabalhador industrial especializado, que fica desempregado em virtude do fechamento da fábrica em que trabalha, em vista de uma fusão corporativa especulativa. Nesse caso, a injustiça da má distribuição tem pouco a ver com a falta de reconhecimento. [...] Proponho desenvolver o que chamo concepção bidimensional da justiça. Essa concepção trata da redistribuição e do reconhecimento como perspectivas e dimensões distintas da justiça. Sem reduzir uma à outra, abarca ambas em um marco mais amplo.

Complementa-se o raciocínio seguido quando se observa que apenas com reconhecimento e redistribuição é que se alcançará a igualdade. Na lição de Boaventura de Souza Santos (SANTOS, 2003): “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”.

Mais que isso, o ministro Celso Antônio Bandeira de Melo (BANDEIRA DE MELLO, 1999) “acredita-se que determinados elementos ou traços característicos das pessoas ou situações são insuscetíveis de serem colhidos pela norma como raiz de alguma diferenciação, pena de se porem às testilhas com a regra da igualdade”.

É certo que a igualdade enquanto princípio tem o condão de garantir que seja observada quando da criação e da aplicação da lei. No sentido de que o legislador deve pautar-se dentre outros, nesse princípio, da mesma maneira que o judiciário quando da aplicação da norma, fazendo-se necessário sopesamento, sempre observará o princípio da igualdade. Nesse mesmo sentido, para Canotilho (CANOTILHO, 2003):

Ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. A lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos. O princípio da igualdade dirige-se ao próprio legislador, vinculando-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos.

Contudo, conforme já debatido anteriormente, numa sociedade multiracial, multicultural, e heterogênia, é imprescindível tratar não apenas do direito à igualdade como do direito à diferença.

Para John Rawls, tanto igualdade como diferença devem ser analisados, igualdade como maior conjunto possível de liberdades básicas garantiria uma isonomia em direito e nos direitos, já que a igualdade fática é impossível; diferenças como as desigualdades sociais e econômicas poderiam ser toleradas, desde que favorecessem os menos favorecidos.

Novamente observa o professor Celso Antônio Bandeira de Melo (BANDEIRA DE MELLO, ob.cit., p.11):

Quem são os iguais e quem são os desiguais?

A dizer: o que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais? Em suma: qual o critério legitimamente manipulável — sem agravos à isonomia — que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia?

Só respondendo a estas indagações poder-se-á lograr adensamento do preceito, de sorte a emprestar-lhe cunho operativo seguro, capaz de converter sua teórica proclamação em guia de uma praxis efetiva, reclamada pelo próprio ditame constitucional.

Como as leis nada mais fazem senão discriminar situações para submetê-las à regência de tais ou quais regras — sendo esta mesma sua característica funcional — é preciso indagar quais as discriminações juridicamente intoleráveis.

Conforme observa a professora Flávia Piovesan (PIOVESAN, ob.cit., p.6), além de as ações afirmativas contarem com o sólido amparo jurídico das Convenções sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e contra a Mulher, o próprio documento oficial brasileiro apresentado à Conferência das Nações Unidas contra o Racismo, em Durban, na África do Sul (31 de agosto a 7 de setembro de 2001), defendeu, do mesmo modo, a adoção de medidas afirmativas para a população afrodescendente, nas áreas da educação e do trabalho.

Tal documento propôs a adoção de ações afirmativas para garantir o maior acesso de afrodescendentes às universidades públicas, bem como a utilização, em licitações públicas, de um critério de desempate que considere a presença de afrodescendentes, homossexuais e mulheres no quadro funcional das empresas concorrentes.

A Conferência de Durban, em suas recomendações, ressalta importância dos Estados adotarem ações afirmativas como medidas especiais e compensatórias voltadas a aliviar a carga de um passado discriminatório daqueles que foram vítimas da discriminação racial, da xenofobia e de outras formas de intolerância correlatas.

Nesse contexto se aponta a importância da elaboração de políticas públicas que tragam consigo a efetividade de aplicação. Com vistas a proporcionar a diminuição do abismo socio-econômico nos países emergentes, como é o caso do Brasil.

No direito brasileiro, há destaque para o princípio da igualdade, mais que a igualdade formal, gritante a necessidade de aplicação da igualdade material, que transcende a formal. É nesse núcleo que as ações afirmativas ganham efetividade.

Ou seja, tais ações afirmativas tem o condão de serem ações compensatórias à maciça e reiterada prática discriminatória, por exemplo o racismo. Dados apresentados pelo DIEESE (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócio-Econômicos) em 1999, no campo da discriminação racial no Brasil, são alarmantes e falam por si. Demonstram que os trabalhadores afrodescendentes convivem mais frequentemente com o desemprego; ocupam os postos de trabalho mais precários ou vulneráveis em relação aos não-afrodescendentes; têm mais instabilidade no emprego; estão mais presentes na base da produção; apresentam níveis de instrução inferiores aos dos trabalhadores não-afrodescendentes e têm uma jornada de trabalho maior do que a do trabalhador não-afrodescendente.

Ora, impossível negar que a dívida histórica de pelo menos cinco séculos que se observa, por exemplo com a população afro-descendente no Brasil, não será paga se não forem realizadas ações afirmativas do estado para tanto.

Nesse contexto que se analisa a importância e a transitoriedade das políticas públicas de inclusão social impostas aos estados. Seja no sentido de se atentar à igualdade e desigualdade, conforme já referenciado, e transitoriedade no sentido de que se se perpetuarem tais políticas perderão o caráter educador e transformador que têm a sua essência.

Assim, também observa a professora Flávia Piovesan (¹ PIOVESAN, ob.cit.p. 8.):

Ora, se raça e etnia sempre foram critérios utilizados para exclusão de afrodescendentes em nosso país, que sejam hoje utilizados, ao revés, para a sua necessária inclusão.

Faz-se, assim, emergencial a adoção de ações afirmativas, que promovam medidas compensatórias voltadas à concretização da igualdade racial.

Se a democracia se confunde com a igualdade, a implementação do direito à igualdade, por sua vez, impõe tanto o desafio de eliminar toda e qualquer forma de discriminação, como o desafio de promover a igualdade.

os Estados-partes assumem não apenas o dever de adotar medidas que proíbam a discriminação racial, mas, também, o dever de promover a igualdade, mediante a

implementação de medidas especiais e temporárias que acelerem o processo de construção da igualdade racial.

Ora, se ao exemplo do que foi tratado em relação à discriminação racial existente no Brasil, país com um dos maiores contingentes de afrodescendentes do mundo, não será eliminada de vez, senão de maneira gradual, assim como ocorre com os direitos humanos, mas que se avance a cada novo degrau, imprescindível a atuação efetiva do estado na aplicação de políticas públicas nesse sentido.

Não será diferente nas demais demandas sociais. Necessidade de efetivação da igualdade formal e material. No sentido de que não apenas a lei mas a sua aplicação, as ações afirmativas também o seja.

Por isso é atinente elucidar que não se confundem as expressões políticas públicas com políticas de governo, pois a primeira tem o papel de prolongar-se de modo a se tornarem efetivas com a finalidade de oferecer melhores condições sociais, enquanto que a segunda pode ter caráter meramente transitório sofrendo alterações conforme se alternam os governos, tendo por limite a própria duração de determinado governo.

Para a professora Luiza Cristina Fonseca Frischeisen (FRISCHEISEN, 2000), a constitucionalização dos direitos sociais passa a demandar uma ação positiva do estado, de promoção de condições, para que tais direitos possam efetivamente ser exigidos, gerando condições de igualdade.

Não se pode perder de vista que a ideia apontada é a de que o estado é senão aquele Estado Social, diferente do estado liberal onde não há intervenção, no Estado Social, o estado interfere diretamente nas questões sociais de sorte que a igualdade deve pautar as decisões do administrador para obtenção do fim que é a redução das desigualdades sociais.

Desteque-se que a democracia social, como afirma o professor Dirceu Pereira Siqueira, de condão constitucional, estabelece diretrizes a serem seguidas pelo administrador público, o qual tem a liberdade de atuação, porém dentro de alguns limites estabelecidos pela própria constituição federal.

Para o ministro Eros Roberto Grau (GRAU, 1999), a expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo de todas as formas de intervenção do poder público na vida social.

Nesse sentido também é a lição do professor Canotilho (CANOTILHO, op.cit., p.338.):

No cerne essencial, o princípio da democracia econômica, social e cultural é um mandato constitucional juridicamente vinculativo que limita a discricionariedade legislativa quanto ao se da atuação, deixando, porém, uma margem considerável de liberdade de conformação política ao como de sua concretização.

Para alguns adeptos da meritocracia, que creem que todos têm igualdade de oportunidade desde que se esforcem o suficiente, as políticas de inclusão social teriam também em si um caráter discriminatório ou até mesmo representariam ofensa aos protegidos por tal política no sentido de que esses seriam seres inferiores intelectualmente e por isso merecedores de tal benevolência.

Contudo, até mesmo no conteúdo da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação racial, da qual o Brasil é signatário, que está em vigor no território nacional desde 04/01/1969, traz em seu artigo 1º, § 4º, que:

Não serão consideradas 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 fundamentais, contanto 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.

De forma que se observa que políticas públicas de inclusão social, seja de grupos de minorias, em razão de serem minorias, seja de grandes grupos em razão de histórico sofrimento por

seus opressores, mesmo tendo caráter temporal, tem grande importância para manutenção do sistema e da sociedade em si. Ao passo que ao se alcançar o patamar objeto da própria política de inclusão social, essa poderá ser abandonada.

O objetivo central das políticas de inclusão social é a diminuição do abismo social criado e aprofundado ao longo dos anos por ausência de atuação efetiva no estado nesse sentido, de modo que anuncia seu caráter transitório, notadamente.

4. CONCLUSÃO

Ainda na lição de Hanna Arendt, em brilhante definição tratou assim:

A igualdade, em contraste com tudo o que se relaciona com a mera existência, não nos é dada, mas resulta da organização humana, porquanto é orientada pelo princípio da justiça. Não nascemos iguais, tornamo-nos iguais como membros de um grupo por força da nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais.

Através desse raciocínio pode-se dizer que a igualdade não é algo inerente à sociedade, ela vem com o amadurecimento desta. Quando o poder público atende o clamor popular elabora ações afirmativas no intuito de garantir a igualdade entre todos os indivíduos presentes na sociedade.

No atual contexto social, observa-se que a igualdade material embora venha caminhando com modestia, ainda caminha. Trazendo pontuais e importantes avanços para a sociedade. A exemplo das políticas públicas que ganham destaque na concretização da igualdade material, quando atingem maior eficácia.

Forçoso concluir que tão importante para a democracia como é a igualdade também o é a desigualdade, no sentido de aplicação de práticas que propiciem à população em geral o acesso aos seus direitos fundamentais na medida de suas necessidades. Reforçando a máxima aristotélica de que tratar os iguais de maneira igual e os desiguais na medida de sua desigualdade. Ou seja, para se mitigar

a desigualdade tão latente na sociedade são essenciais aplicações de políticas públicas recheadas de desigualdades com vias a mitigar a desigualdade de oportunidades presentes na sociedade.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. São Paulo, Companhia das Letras, 2ª Ed. 1989.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª Ed. 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos**, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- FRASER, Nancy. “**Redistribución, Reconocimiento y Participación: Hacia um Concepto Integrado de la Justicia**”, in Unesco, Informe Mundial sobre la Cultura – 2000-2001.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- PIOVESAN, Flávia. **Ações afirmativas e direitos humanos**. In: REVISTA USP, São Paulo, n.69, p. 36-43, março/maio 2006.
- SANTOS, Boaventura de Souza. “**Introdução: para Ampliar o Cânone do Reconhecimento, da Diferença e da Igualdade**”, in Reconhecer para Libertar: os Caminhos do Cosmopolitanismo Multicultural, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Paridade, Inclusão e alteridade, in Ensaios sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social**, Birigui, SP: Boreal Editora, 2010.