

MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS: AQUILATANDO AS POSSÍVEIS DIFERENÇAS PARA OS FINS DE IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Jaime Domingues BRITO

RESUMO

Por intermédio do presente trabalho são analisadas as minorias e os grupos vulneráveis, definindo-se cada um deles. Ao mesmo tempo são apontadas suas diferenças e traços comuns para fins de implementação das políticas públicas. O trabalho se volta também para a questão da possibilidade ou não de o Poder Judiciário intervir no cumprimento das políticas públicas, sem descuidar de trazer reflexões e aferir se a possível diferenciação entre minorias e grupos vulneráveis pode trazer algum reflexo prático no contexto das implementações das políticas públicas.

ABSTRACT

Through this work are analyzed minorities and vulnerable groups, defining each one of them. At the same time pointing out its differences and common features for the implementation of public policies. The work also turns to the question of whether or not the Judiciary to intervene with public policies, without neglecting to bring thoughts and assess the possible distinction between minorities and vulnerable groups may bring some reflection in the context of practical implementations of public policies.

PALAVRAS-CHAVE

Minorias, grupos vulneráveis, políticas públicas.

KEYWORDS

Minorities, vulnerable groups, public policy.

Introdução

As reflexões acerca de minorias são crescentes nos estudos jurídicos modernos. Isso se dá em grande parte porque o texto constitucional de 1988, que sufragou uma Constituição dirigente, não serve apenas como um estatuto, mas antes como norte e como regras a serem concretamente seguidas, sob pena de seu

* Professor do Curso de Direito da Universidade do Norte do Paraná (UENP) – *Campus* de Jacarezinho, PR. Mestre em Direito pela UENP e Doutorando em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da ITE de Bauru – SP. Advogado. Artigo submetido em 30/10/2009. Aprovado em 05/12/2009.

cumprimento compulsório vir a se efetivar por imposição do Poder Judiciário.

É neste contexto que os estudos sobre as minorias ganham relevo, de modo que oportuno se mostra a investigação em torno da possível existência de diferenças atinentes aos grupos vulneráveis e as minorias que são tratados, pela doutrina, ora como se fossem institutos distintos e ora como se os primeiros fossem o gênero do qual as segundas seriam a espécie.

Assim, o objeto deste estudo envolve exatamente o apontamento das semelhanças e dessemelhanças entre minorias e grupos vulneráveis, para os fins da implantação das políticas públicas, bem como a eventual possibilidade da intervenção do Poder Judiciário nos casos em que referidas ações não sejam levadas a cabo pela administração pública.

1. Conceito de igualdade

Segundo o Novo Dicionário Aurélio, assim se entende o vocábulo igualdade:

Igualdade. [do lat. Aequalitate.] S. f. 1. Qualidade ou estado de igual; paridade. 2. Uniformidade, identidade. 3. Equidade, justiça. 4. Mat. Propriedade de ser igual. Igualdade moral. Et. Relação entre os indivíduos em virtude da qual todos eles são portadores dos mesmos direitos fundamentais que provêm da humanidade e definem a dignidade da pessoa humana¹.

Não parece, contudo, que a definição acima seja suficiente para afastar o conteúdo cultural abrangido historicamente pelo tema da igualdade, havendo, desde a Grécia antiga, vários entendimentos sobre ela.

Platão, na República, diz haver homens (e mulheres) de ouro, de prata e de bronze. Cada um com funções específicas segundo a hierarquia atingida, que dependia tão só de méritos individuais, sendo asseguradas a todos as mesmas oportunidades. Aristóteles, ao abordar a justiça na sua Ética a Nicômaco, diz existir dois conceitos de justiça –legitimidade (mais amplo) e igualdade (mais estrito)– de modo que nem tudo o que é ilegítimo é desigual e vice-versa. Especificamente a justiça como igualdade poderia ser dividida em justiça distributiva (justo é proporcional) e justiça corretiva (justiça é solucionar conflitos), sendo, porém, difícil encontrar a verdade exata. Cícero, ao aplicar os princípios trazidos por Platão para analisar as formas de governo, afirma que mesmo na democracia (a forma mais sábia e moderada), a igualdade daí decorrente torna-se uma injusta desigualdade, posto que não há meio de se diferenciar os cidadãos pelos seus méritos. Lembra, contudo, que a igualdade de direito ou da democracia é inalcançável².

¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Precisões sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica*. Revista dos Tribunais nº 750, abril de 1998, ano 87, p. 18/19.

² VILAS-BOAS. Renata Malta. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 3-16, *passim*.

Santo Agostinho, na Cidade de Deus, pugna pela necessidade de desigualdade em respeito à ordem celeste e diz que ninguém é escravo do homem e nem mesmo do pecado, mas que a escravidão penal, determinada pela lei, deveria ser mantida, pois somente aplicada por descumprimento da lei (um poder temporal e não celestial). Tomás de Aquino diz que a desigualdade é um desígnio de Deus destinado a fazer ressaltar a beleza da ordem por Ele estabelecida, compelindo os homens à busca da vida harmônica. Distingue tal como Aristóteles, a justiça distributiva e a comutativa. Tommaso Campanella concebe uma república igualitária que se converte em uma verdadeira ditadura comunista³.

Locke, partindo do estado de natureza, diz que os homens eram igualmente e absolutamente livres e que, com o pacto social, eles não abrem mão de qualquer dos seus direitos naturais. Rousseau diz que naturalmente havia entre os homens pequenas desigualdades de ordem natural ou física e de ordem moral ou política, pelo que, com o desenvolvimento, elas foram aumentando.

Contemporaneamente, Bobbio vê a igualdade como uma aspiração ou como uma relação, neste caso devendo ser determinado os sujeitos dessa relação e o liame observado entre eles: quem é igual a quem e em relação a quê? Para Agnes Heller o objeto da relação de igualdade pode ser uma liberdade (política ou individual), ou uma oportunidade de vida.

John Rawls apresenta dois princípios de justiça: a igualdade, como isonomia no direito (dado que a igualdade de fato é impossível); e a diferença (de fato) que seriam toleradas desde que proveitosas aos menos favorecidos.

Peter Singer diz que a igualdade precisa ser considerada um princípio ético básico e não uma relação factual. Com isso, transcende-se todo o aspecto individual ou plural considerando-se apenas os interesses (sem titulares), refletindo o princípio básico da igualdade: o princípio da igual consideração dos interesses, cujo cerne está na atribuição de igual importância entre eles.

Dworking distingue diversas concepções de igualdade, uma mais afetas aos interesses privados, outras, à responsabilidade pública. Divisa também o direito à igualdade em dois: a igual tratamento (distribuição de oportunidades), e a ser tratado como igual (mesma consideração e respeito). Somente este último seria um direito fundamental, sendo o primeiro dele derivado.

Perelman, ao confrontar igualdade e justiça, diz ser esta hoje uma das mais controvertidas, embora a igualdade comporte uma definição formal e incontestada no mundo da aritmética, havendo fora dela tão apenas um conceito aproximado. Seis são as fórmulas de justiça distributiva apresentadas por Perelman: a cada qual a mesma coisa; a cada um segundo seu mérito; a cada qual segundo suas obras; a cada qual segundo suas necessidades; a cada qual segundo a sua posição; e a cada qual segundo o que a lei lhe atribuir.

Como se vê, diversas e as mais variadas são as abordagens que se pode fazer do tema, sendo imperioso, contudo, que se traga uma conceituação de um

³ *Id. Ob. cit. loc cit.*

princípio jurídico da igualdade, ponto no qual a observação de Bandeira de Mello⁴ é destacada:

Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequilibradas fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu a fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preconceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimidas para os atingidos.

Renata Malta Vilas-Boas⁵ escreve que a

Igualdade é uma das palavras mais pronunciadas, analisadas e discutidas no mundo inteiro, embora o seu significado possa variar conforme a época em função dos contextos filosóficos, socioeconômicos e político.

Traz ela, com alicerce no escólio de renomados autores, vários conceitos em torno da igualdade. E, com base em Bobbio⁶, deixa claro que, para se entender o conceito de igualdade é preciso observar os seguintes critérios: a) o numérico; b) aquele relacionado a um grupo grande; c) o da proporcionalidade; d) o segundo o merecimento; e) o correspondente a diferenças relevantes; f) o da igualdade processual; g) o das regras de nivelamento; h) o de nivelamento de riquezas; i) o de igualdade de oportunidades; j) o relativo a igual satisfação de necessidades fundamentais; k) o que estabelece a que se dê a cada um segundo a sua capacidade (p. 14-16).

Após indicar referidos critérios aponta que em seu trabalho elegeram o de igualdade de oportunidades, esclarecendo que assim agiu porque, com isso, visava prestigiar e resgatar a situação de desvantagem em que atualmente estariam as minorias sociais.

O trabalho cuida ainda de diferenciar a igualdade formal da igualdade material. A primeira refere-se ao princípio da igualdade perante a lei, enquanto a segunda diz respeito ao princípio da redução das desigualdades.

Enfrentado o conceito de igualdade é de se analisar o significado e conceito de minoria.

2. Conceito de Minorias

Elida Séguin⁷ principia sua excelente obra a respeito de minorias e grupos

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. atual. 10 tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 18.

⁵ VILAS-BOAS, *Op.cit.* p. 1-23.

⁶ BOBBIO, Norberto *et alli*. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora UnB, 1995, p. 597-605.

⁷ SÉGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, *passim*.

vulneráveis com a afirmação de que na luta pela sobrevivência o mais forte tende a vencer e a eliminar o mais fraco. Com isso, faz desaparecer várias espécies, o que não se mostra em nada benéfico, porque, com isso, a pluralidade é perdida.

Em seguida, faz interessante distinção entre regras e princípios. Para tanto, vale-se da fábula envolvendo o ouriço e a raposa e diz que o ouriço apresenta características de ter visão centrípeta e monista da realidade, que funcionaria como princípio de uma realidade contextualizada. Já as raposas seriam pluralistas da realidade e de pensamento centrífugo.

Para Elida Séguin, portanto, as regras seriam os ouriços, enquanto os princípios seriam as raposas.

Afirma que existe grande correlação entre os conceitos de minorias, grupos vulneráveis, democracia e cidadania. Alerta, contudo, que a intimidade entre esses conceitos demonstra uma interdependência, pois a forma como se aborda a questão das minorias e dos grupos vulneráveis pode provocar arranhões à democracia de um país e que a superação de impasses das diferenças permite, segundo alega, o resgate de uma cidadania perdida ou “escondida dentro do armário”, tanto nacionalmente como internacionalmente⁸.

Já Fernando de Brito Alves, ao tratar, em breves notas filosóficas da diferença e o problema da igualdade, com razão escreve o seguinte a respeito do conceito de minoria:

O conceito de minoria pode ser obtido de duas formas: pela afirmação do que as minorias são, ou pela afirmação do que não são, que na epistemologia poderia ser designado por definição afirmativa ou negativa. Considerando que tudo foi negado as minorias, construir-se-á o seu conceito a partir daquilo que a distingue da maioria, ou das massas (Ortega y Gasset, 1987), ou seja, a diferença (conceito que deve ser tomado em sua acepção filosófica).

Mas o que são minorias? Elida Séguin alerta que não se pode ficar restrito tão apenas a critérios étnicos, religiosos, lingüísticos ou culturais, sendo necessário sopesar a sua realidade jurídica ante as conquistas modernas.

Pensa-se em minorias como um contingente numericamente inferior, como grupos de indivíduos que se distinguem dos outros habitantes do país.

Aurélio⁹ assim define minoria: “Inferioridade numérica; parte menos numerosa de uma cooperação deliberativa, e que sustenta idéias contrárias às do maior número.”

⁸ Elida Séguin cita Brecht: “do rio que tudo arrasta todos dizem violento, mas ninguém diz violentas as margens que o comprimem”. (p. 5).

⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994, p. 11.

Elida Séguin¹⁰ transcreve trecho do Dicionário de Política de Norberto Bobbio, para quem a teoria das minorias envolve a “(...) noção [que] nasce da distinção entre decisões de uma coletividade e as decisões individuais. Aquelas são decisões subtraídas à competência de cada indivíduo como tal. Se por decisão individual se entende que cada indivíduo decide por si, então as decisões coletivas são decisões não individuais.” Insiste que segundo a teoria não existe uma definição unívoca de grupos.

A autora citada apresenta alguns paradoxos em relação à definição de minorias. Menciona, como exemplos, a mulher, que representa mais da metade da população mundial e também os idosos, que atingem 8% da mesma população. Entretanto, em relação a esses dois grupos existem problemas. Daí porque – prossegue – a texto da Declaração da Assembléia Geral das Nações Unidas, de dezembro de 1992, sobre Direitos de Minorias, tem evitado definição sobre minorias e somente faz referência a *persons belonging to national or ethnic, religious and linguistic minorities*. E completa:

A definition of minorities in international law had often done little more than to impede the process of standard-setting and had not been included in the Declaration; law in fact had proceeded without sharp definitions in order to preserve flexibility, openness and the possibility of progress.

É também citada a definição de Capotorti:

A group numerically inferior total rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members –being nationals of the State– possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those rest of the population.

Portanto, Elida Séguin sustenta que Capotorti elenca, como elementos constitutivos da minoria:

- a) o numérico;
- b) o da não dominância;
- c) o da cidadania;
- d) o da solidariedade entre seus membros, tudo com vistas à preservação de sua cultura, tradições, religião e idioma.

3. Conceito de grupos vulneráveis

Ainda valendo-se dos raciocínios de Elida Séguin, mostra-se certo dizer que os grupos vulneráveis apresentam as seguintes características, que poderiam

¹⁰ SÉGUIN. *Op. cit.*, *passim*.

distingui-los das minorias:

- a) se apresentam, por vezes, como grande contingente, sendo exemplo disso, as mulheres, as crianças e os idosos;
- b) também são destituídos de poder;
- c) mantém a cidadania;
- d) acima de tudo, não têm consciência de que estão sendo vítimas de discriminação e desrespeito;
- e) não sabem que têm direitos¹¹.

Contudo, tanto os grupos vulneráveis como as minorias são vítimas de discriminação e de intolerância e Elida Séguin não se atém às diferenças existentes entre uns e outros, e destaca que o problema surge quando o Estado, ao invés de atender às necessidades das minorias, tenta eliminá-las. Por outro lado, em alguns países, não há “minorias”, como é caso da República do Daquistão, em Cáucaso que, em 1994, possuía 1.768.000 habitantes, formado por 40 etnias e 10 línguas oficiais, sem que sua constituição gire em torno de uma das etnias dominante.

Elida Séguin chama a atenção para o fato de que a cada dia surgem novos grupos ou se passa a discriminar novos grupos, como, por exemplo, os presos, e os egressos, que passam a sofrer intolerâncias pelo preconceito de que voltarão a delinquir. É preciso, então –ressalta– mudar o critério quantitativo para o qualificativo, sendo possível, em dado momento, investigar a questão de minorias menos estudadas, como os mais altos, os mais baixos, os obesos, os transplantados, etc.

Elida Séguin abre interessante tópico, intitulado “Preocupação no tempo e no espaço”, em que analisa que se mostra impossível reescrever a História. Mas refletir e repensar sobre ela é algo aconselhável, a fim de que não se caia nos mesmos erros, tais como a intolerância e a ganância pretéritas, que levaram a várias guerras.

Afirma que vários diplomas legais tentam proteger as minorias e os grupos vulneráveis. Seu estudo, entretanto, depende dos ângulos a se analisar esses diplomas e quais as minorias ou grupos que pretende estudar.

Assim –mostra a autora–, após a 1ª Guerra Mundial, vários tratados surgiram para dar essa proteção, o que levou a Polônia, por exemplo, a colocar a proteção em sua Constituição, com realce aos direitos das minorias em relação:

- a) a liberdades religiosas;
- b) ao uso da língua;
- c) ao estabelecimento do ensino privado;
- d) ao respeito aos costumes.

Já no período compreendido entre as duas Grandes Guerras houve muita preocupação com as minorias e a Liga das Nações teve papel importante em fazer

¹¹ Sobre o direito de ter direitos, importantes considerações são feitas por Elida Séguin, que escreve: “Há preocupação internacional de minimizar as diferenças e estabelecer metas para o crescimento contextualizado e globalizado do ser humano. A ... (ONU), através do ... (PNUD), tenta dinamizar o desenvolvimento humano e fomentar o respeito dos direitos humanos, ou seja, o direito de ter direitos

com que esses direitos fossem assegurados. E, após a 2ª Guerra Mundial, com o mundo dividido em dois blocos e com o surgimento das Ditaduras na Europa Central, arrefeceu-se a luta pelos interesses das minorias.

As atrocidades ocorridas durante o 2º Grande Conflito Mundial, como por exemplo, em relação aos judeus, mostraram a correlação entre o respeito aos Direitos Humanos e a paz.

Apesar do aparente respeito aos Direitos Humanos após a 2ª Guerra Mundial, na prática as ações afirmativas que poderiam assegurar ditos direitos não têm sido concretizadas para que se minimize as diferenças.

Elida Séguin, ao focar os acontecimentos envolvendo o Brasil, mostra que a proteção às minorias passou por estágios em que não se dava efetividade aos direitos das minorias. Cita, como exemplo, a posição de Afrânio de Melo Franco que, em 1925, sustentou, no Conselho da Liga das Nações, que os tratados não se aplicariam em relação ao um mero agrupamento étnico encrustado no corpo do Estado cuja maioria fosse constituída por população de raça diferente.

O questionamento que pode surgir –enfoca Elida– refere-se a fato de se saber se os imigrantes se equiparam a minorias só porque são estrangeiros. Serão –diz– dependendo do modo como são recepcionados no país que os acolhe, de modo que é de se ver as minorias mais por seu aspecto humanitário do que em relação à conotação territorial.

Eis algumas das características que se levou em conta para a proteção de minorias durante a denominada Guerra Fria:

- a) a proteção não se refere só à religião, deve também cobrir faixa etária, raça e língua;
- b) não se dá proteção só ao indivíduo, mas ao conjunto de cada minoria (considerado ente coletivo);
- c) a garantia dos compromissos é acompanhada pela as Liga das Nações;
- e
- d) as controvérsias deveriam ser dirimidas pela Corte Permanente de Justiça Internacional.

Dentre outros instrumentos de proteção Elida Séguin cita os seguintes:

- a) em 1966, a Declaração da UNESCO, sobre princípios de cooperação cultural da humanidade;
- b) o art. 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos¹²;
- c) a Conferência de Angel, em 1976;
- d) a Conferência de Segurança e Cooperação Européia, em 1990;
- e) a Assembléia Geral das Nações Unidas que, em 1992, aprovou a Declaração sobre os Direitos de Pessoas que pertencem a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Lingüísticas.
- f) a Conferência de Cúpula de Helsinque, em 1993 (declaração dos direitos

¹² Art. 27. *Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.*

- das pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas);
g) em 1994, a conclusão da Convenção Moldura no Conselho da Europa para a proteção de minorias (Estados devem evitar política de assimilação contrária à vontade das minorias, bem como espírito de tolerância e o diálogo intercultural;
h) em 1995, criação de Grupo de Trabalho sobre minorias (Subcomissão de Prevenção de Discriminação e de Proteção de minorias dos Estados Unidos).

Por derradeiro, Elida Séguin analisa a tipologia que envolve as minorias e faz a seguinte subdivisão com base em Gabi Wurcher:

- a) *Minorities by force*, ou seja, as que estão em posição de inferioridade e querem ser aceitos pelas maiorias;
b) *Minorities by will*, que exigem tolerância e não discriminação e medidas especiais que permitam sua preservação e suas características coletivas (culturais, religiosas ou lingüísticas).

4. Das políticas públicas

Não se mostra fácil definir políticas públicas. Luiza Cristina Fonseca Frischeisen¹³, com apoio no escólio de Canotilho, escreve que *partindo do uso corrente da palavra política, surge a idéia de complexo de objetivos, previamente definidos, relacionados com os meios racionalmente possíveis e adequados para atingi-los.*

E prossegue:

(...) refere-se Canotilho a três teorias do político: a que leva em conta a 'justiça, a 'boa-ordem', a 'vida vituorsa'; a que parte do fenômeno do poder; bem como a explicação marxista de político.

O primeiro é o conceito normativo-ontológico de política. Vislumbra na política o campo de decisões obrigatórias, (...) tem como escopo o estabelecimento e conservação da ordem, paz, segurança e justiça da comunidade.

A segunda (...) é a que estabelece no poder a palavra-chave para a compreensão do político. E, sob o enfoque de Weber, este seria a relação de domínio de homens sobre homens, por meio da violência legítima; (...)

A terceira teoria aborda também o poder, mas sob uma ótica materialística da história e da sociedade. Nesses termos, político é o campo das relações entre as diversas práticas política e o Estado, mantendo este a unidade e a coesão dos vários níveis de uma formação social.

Evidentemente que, para fins deste trabalho, a política pública, aqui tratada, ultrapassa a mera prestação de serviço público. O conceito de políticas públicas é

¹³ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Editora Max Limonad, s/d, p. 76.

muito mais amplo que o de serviço público. O que se busca, ao se investigar o conceito de política pública, é exatamente o cumprimento dos direitos fundamentais, que visam a realização dos objetivos da República, com enfoque, portanto, para a política de cotas e o atendimento de minorias e grupos vulneráveis.

Em face disso, como enfatiza Américo Bedê Freire Júnior¹⁴, que também reconhece que não é tarefa simples a de precisar o conceito de políticas públicas, pois

(...) a expressão pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito. Como destaca Eros Grau: A expressão política pública designa atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem demarcada separação entre Estado e sociedade (...). A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social.

Isso enseja a que se reflita, de pronto, a respeito de quais seriam as prioridades que o administrador, por exemplo, deveria eleger para o cumprimento das políticas públicas.

Até que ponto, portanto, poderia o administrador valer-se do poder discricionário para definir quais seriam essas prioridades. Américo Bedê Freire Júnior¹⁵ aponta que

A variedade de formas pelas quais as políticas públicas estão sujeitas, em sua condição de meio para a efetivação do direito fundamental, torna impossível a sua catalogação, já que encontraremos políticas públicas, por exemplo, em relação à saúde, educação, moradia, lazer e quejandos.

Dessa maneira, a efetivação das políticas públicas tocaria, em princípio, ao próprio administrador. Entretanto, como isso pode não ocorrer, vale dizer, o administrador pode ou não cumprir os programas de levar a cabo e instrumentalizar a implantação das políticas públicas, a fim de que os direitos fundamentais se efetivem ou pode então cumpri-los de modo incompleto. O que fazer diante disso?

Deste modo, se é válido falar-se em discricionariedade do administrador para resolver e determinar as prioridades, o que se diz a respeito da eventual discricionariedade que teria, ademais, o próprio Poder Judiciário, para exigir que as políticas públicas fossem cumpridas dessa ou daquela forma?

Ou, em outras palavras, é possível sustentar-se a legitimidade de o Poder Judiciário exercer controle judicial de políticas públicas? Américo Bedê Freire Júnior¹⁶ menciona, a respeito e inicialmente, a opinião conservadora, que é repetida

¹⁴ *Op. cit.* p. 51.

¹⁵ *Op. cit.* p. 51.

¹⁶ ¹⁴ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 47.

como verdadeiro dogma:

O primeiro óbice é o da falta de legitimidade, visto que juízes não são eleitos e, mesmo nos países em que são eleitos, não o são para a função de elaborar o direito.

Haveria na atuação dos juízes em matéria política uma ilegítima inversão de poder reservado a outra função estatal. (...) sua ação careceria de conteúdo constitucional, configurando-se, invariavelmente, num abitrário.

Exemplo de que haveria essa ilegitimidade e, portanto, a impossibilidade do Poder Judiciário intervir em políticas públicas é o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça que, no REsp 169.876/SP, assim decidiu, consoante destaca Américo Bedê Freire Júnior¹⁷:

Ação civil pública. Poder discricionário. Administração. Trata-se de ação civil pública em que o Ministério Público pleiteia que a municipalidade destine um imóvel para instalação de abrigo e elaboração de programas de proteção à criança e aos adolescentes carentes, que restou negada nas instâncias ordinárias. A Turma negou provimento ao recurso do MP, com fulcro no princípio das discricionariedades, pois a municipalidade tem liberdade de escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e o que deve ter prioridade, não cabendo, assim, ao Poder Judiciário intervir.

Outros argumentos relativos à impossibilidade do Poder Judiciário tomar partido ativo em políticas públicas, mencionadas pelo autor acima, são as seguintes:

a) isso equivaleria a atribuir ao Poder Judiciário um superpoder, o que implicaria em quebra da igualdade e violação do princípio da separação dos poderes;

b) os juízes, por não terem sido eleitos, não são representantes do povo;

c) isso geraria a judicialização da política, com graves prejuízos, principalmente no que tange à imparcialidade dos juízes;

d) haveria a ditadura dos juízes, o que levaria à pergunta: *Quis custodiet custodes?* Ou, em outras palavras: se o Poder Judiciário foi concebido para controlar a ação dos demais poderes em políticas públicas, como ficaria o controle das políticas públicas do Poder Judiciário?

De outra banda, após trazer os elementos que militam contra a possibilidade de o Poder Judiciário controlar as políticas públicas, é de se apresentar os que se mostram a favor. O mesmo Freire Júnior¹⁸, após alertar para o fato de que a demonstração de que haveria legitimidade para que o juiz controlasse as políticas públicas perpassa pela verificação da relação do juiz com a lei e o modo como é de

¹⁷ *Id. Op. cit, loc. cit.*

¹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: lei, derechos, justicia*. Trad. Maria Gascón. Colección estructuras y procesos: série derecho. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 153.

se entender o direito. Escreve ele:

Numa concepção positivista, haverá uma plena identificação do direito com a lei. (...) Note-se que, nessa concepção positivista, a legitimação da decisão judicial é a lei. (...) ao ir além da lei, o juiz entraria em seara que não lhe pertence, violando a separação de poderes e decidindo, portanto, sem legitimidade.

Freire Junior¹⁹ sustenta, com razão, que essa não pode ser a concepção dos dias atuais e arrola, como argumentos a favor da intervenção judicial nas políticas públicas:

a) em algumas situações o sistema legal, como nas regras que estabelecem a dosimetria da pena, é a visão do próprio julgador que irá prever e fixar com precisão a pena exata a ser aplicada ao réu, situação que atinge direito fundamental de liberdade do indivíduo que está sendo processado penalmente, o que enseja a se afirmar que nesse caso não houve verdadeira vinculação do juiz com a lei;

b) se no mesmo caso de natureza criminal também é dado ao juiz atenuar a pena, por força da redação do art. 66 do CP, em razão de circunstâncias relevantes, anteriores ou posteriores ao crime, embora não prevista em lei, é de ter que o legislador confere ao juiz o poder de criar a atenuante inominada, não havendo que se questionar a legitimidade do juiz para reconhecer a atenuante;

c) o juiz, então, tem poderes para completar o ordenamento jurídico ou interpretar de modo a viabilizar a justiça, mesmo que, para isso, precise ir além do legislador;

d) de igual maneira é de se ter conta que a Constituição confere ao Supremo a sua guarda, isso sem contar que, no Brasil, qualquer juiz deve, pelo controle difuso de constitucionalidade, fazer prevalecer a Constituição, que é dotada de princípios e conceitos jurídicos indeterminados, pelo que impossível se mostra o apego ao dogma do positivismo e da completude da legislação.

Portanto, em face disso, perfeitas se mostram as palavras de Gustavo Zagrebelsky²¹ que, ao escrever sobre o papel do Juiz, assim pontifica:

Em síntesis: el legislador debe resignar-se a ver sus leys tratadas como “partes” del derecho, y no como “todo ele derecho”. Pero puede pretender, tanto de los jueces como de la Corte constitucional, que se mantengan abiertas las posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico. (...)

Podemos, por tanto, corregir la afirmación con que comenzamos este epígrafe. Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad em la vida del derecho desconocida em los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho em el

¹⁹ Texto obtido no Informativo nº 345 do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br; acesso em 28.12.09).

mismo sentido em que lo era el legislador em el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho em el Estado constitucional, es decir, los garante de la necesaria y dúctil coexistência entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar com conclusión que entre Estado constitucional y cualquier señor del derecho hay una radical incompatibilidad. El derecho no es um objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos.

Ademais, em abono à tese de que o Poder Judiciário pode e deve intervir para o cumprimento das políticas públicas, cabe citar a orientação do Supremo Tribunal Federal, que corrobora que o juiz dever realmente ter um papel mais ativo, sempre visando a preservação da Constituição, seja para afastar políticas públicas indevidas, seja para exigir que sejam elas cumpridas quando estiver diante de sua falta. Eis o teor da ementa relativa à ADPF 45 MC/DF²²:

Argüição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da argüição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

Portanto, válido se mostra, sem dúvida alguma, a intervenção do Poder Judiciário para que as políticas públicas sejam cumpridas, principalmente quando se tratar do atendimento de minorias.

Conclusões

Pois bem, enfrentadas as questões atinentes as definições de grupos vulneráveis e de minorias, chega-se à conclusão de que realmente há distinção entre ambos, pelo que é de se avaliar os efeitos concretos de tal diferenciação.

Nesta senda, verifica-se que no momento da concretização de direitos inerentes tanto aos grupos vulneráveis como em relação às minorias, a diferenciação, mesmo que de maneira bem peculiar, trará efeitos concretos, visto que tal diferença pode influenciar no que tange as necessidades inerentes a cada grupo.

Ora, imagine-se a importância que teria para um determinado grupo vulnerável a implementação de políticas públicas que visassem à manutenção dos seus traços culturais, visando manter sua identidade. Deve-se considerar que os

grupos vulneráveis não apresentam essa característica, de modo que não traria benefício algum a este grupo.

Já para as minorias, este traço lhe é essencial, apresenta-se como algo que lhe é peculiar, razão por que essa política trará claros benefícios de ordem prática.

De outro lado, sob um olhar da sociedade, mostra-se possível afirmar que uma ação estatal traria maiores benefícios se viesse em favor, talvez, dos grupos vulneráveis, afinal, poderia influir de maneira mais acentuada na vida humana.

Pense-se na hipótese em que o administrador público tenha de fazer uma escolha e esteja diante de situação de limitação orçamentária de seu governo, e neste contexto, tenha de escolher entre estabelecer políticas públicas que mantenha a cultura indígena, ou políticas públicas que se destinem a atender ao idoso, ou a criança, sendo que tanto o grupo vulnerável quanto o grupo considerado minoria carece de uma alimentação adequada. No exemplo proposto, mostra-se muito mais relevante atender aos grupos vulneráveis (crianças e idosos) do que as minorias (índios).

É neste contexto, que se deve observar a distinção entre grupos vulneráveis e minorias, afinal, tal distinção poderá servir como norte ao poder público no momento de estipular ações no sentido de efetivar direitos inerentes a estes grupos. Obviamente o ideal seria atender a ambos, a todas as suas necessidades, porém, muitas vezes isso não é possível, razão por que, segundo pensamos, deverá o administrador favorecer aos grupos vulneráveis.

Enfim, a distinção entre grupos vulneráveis e minorias apresenta-se como relevante e de importância acentuada no cenário jurídico, principalmente no que se refere à implementação de políticas públicas.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ALVES, Fernando de Brito. *Margens do direito: a nova fundamentação do direito das minorias*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2010.

ARAÚJO, Luiz Alberto David (Coord.). *Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BENITEZ, Gisela Maria Bester *et. alli.*. *Princípio da dignidade da pessoa humana e ações afirmativas em prol da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho* In: REVISTA DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, vol. 6, 2004.

- BOBBIO, Norberto *et alli*. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora UnB, 1995.
- CHALMERS, A. F. *O que é ciência afinal?* São Paulo: Editora Brasiliense, 1993.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Precisões sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica*. Revista dos Tribunais n° 750, abril de 1998, ano 87.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Editora Max Limonad, s/d.
- GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- KELLOUGH, J. Edward. *Understanding Affirmative Action: politics, discrimination and the search for justice*, Washington D.C.: Georgetown University Press, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. atual. 10 tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *A Igualdade e as ações afirmativas*. In: Revista da Escola Nacional da Magistratura, vol. 1, n. 1. Brasília: 82-91, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. A influência do pensamento de Peter Häberle no STF. In: *Prof. Jeferson Botelho – Direito e Justiça*. Disponível em: <http://www.jefersonbotelho.com.br/2009/04/18/a-influencia-do-pensamento-de-peter-haberle-no-stf/>. Acesso em 20 abr. 2009.
- MENEZES. Paulo Lucena de. *Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil*. In: TORRES, Rivaldo Lobo; MELLO, Celso D. de Albuquerque (Dir.). Arquivos de Direitos Humanos. Vol. 1, São Paulo: Renovar, 1999.

SÉGUIN, Elida (Coord.). *Direito das Minorias*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SÉGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SEGUIN, Elida. *Justiça é diferente de Direito – A vitimização do portador de necessidade especiais. O direito do deficiente*. Organização Cinthia Robert. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 1999.

SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Trad. Laureano Pelegrin. Bauru: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 1999.

SOWELL, Thomas. *Affirmative Action Around the World: an empirical study*. s/l, Yale University Press, 2004.

VILAS-BOAS, Renata Malta. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: lei, derechos, justicia*. Trad. Maria Gascón. Colección estructuras y procesos: série derecho. Madrid: Editorial Trota, 1995.