



AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL: UMA ANÁLISE ACERCA DA DISCRIMINAÇÃO POSITIVA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL

*Nathália Maria Ariston Trindade**

RESUMO

O artigo versa sobre a emblemática questão das ações afirmativas no Brasil. Serão abordadas as principais críticas dirigidas a estas medidas afirmativas, bem como serão explicitadas minuciosamente as razões que fundamentam a sua instituição. Será traçado, ainda, um paralelo entre a necessidade de promover “ações de discriminação positiva” e o papel reservado ao Estado Democrático de Direito, o qual tem o dever de fomentar a cidadania e promover uma efetiva justiça social, respeitando a dignidade dos sujeitos de direito concebidos em suas especificidades e diversidades.

Palavras-chave: Ações afirmativas. Igualdade. Dignidade da pessoa humana. Justiça social.

1 INTRODUÇÃO

A história está repleta de eventos lastimáveis, que infelizmente marcaram épocas vivenciadas por inúmeras formas de discriminação cometidas pelo homem em desfavor do seu semelhante. Como exemplo disso, temos a escravidão, a xenofobia, o nazismo, dentre outras práticas repudiáveis pelo direito pátrio e por toda a comunidade internacional.

* Graduanda em Direito, pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

Neste contexto, as ações afirmativas, também conhecidas como “discriminação positiva”, têm sido constantemente alvo de grandes discussões, em razão da polêmica que reveste essa temática, tendo em vista que por vezes suas finalidades são distorcidas por aqueles que questionam sua efetividade, seja na implementação do princípio da igualdade (substancial), seja na consecução da justiça social.

Com efeito, no intuito de extinguir as inúmeras formas de discriminação que assolavam a humanidade, a concepção da isonomia formal foi enaltecida, tendo se buscado a positivação da igualdade perante a lei. Por outro lado, um comando genérico, abstrato e geral tornou-se insuficiente para tutelar alguns direitos que os indivíduos possuíam em virtude das suas especificidades. Nasce, então, a necessidade de concretização da igualdade substancial, complementada pelo direito à diferença.

Destarte, o presente artigo tecerá profundos comentários acerca da utilização das ações afirmativas no contexto brasileiro, sua função social, suas principais conseqüências, sua correlação com o Estado Democrático de Direito e com a efetividade dos valores humanos essenciais positivados no ordenamento jurídico pátrio e internacional.

Far-se-á, ainda, uma breve comparação desse instituto com as ações afirmativas no contexto estadunidense, bem como serão destacados os diplomas internacionais ligados ao combate à discriminação, fundamentando, por fim, sua importância para uma efetiva realização da justiça social.

Outrossim, como dito, a sua exposição se justifica, precipuamente, em virtude das inúmeras divergências que hoje brotam quando se discute o fomento da chamada discriminação positiva, seja por parte daqueles que apóiam a sua utilização, seja por parte daqueles que repudiam de toda e qualquer forma a inclusão social por intermédio das medidas afirmativas.

Ao final, serão expostos os desafios, bem como serão rechaçados os principais argumentos utilizados para rebater a implementação dessas políticas na realidade brasileira.

2 AÇÕES AFIRMATIVAS NO DIREITO COMPARADO: UMA SUCINTA ABORDAGEM DA DISCRIMINAÇÃO POSITIVA NA REALIDADE ESTADUNIDENSE

Cumpre, inicialmente, esclarecer o motivo pelo qual serão tecidos comentários acerca das ações afirmativas desenvolvidas nos Estados Unidos da América. A importância desse

tópico se até ao fato de ter sido este o país em que as referidas medidas surgiram, bem como tomaram projeção mundial, servindo de espelho para o seu desenvolvimento, inclusive, no Brasil. Ademais, os movimentos sociais brasileiros sofreram grande influência dos movimentos de luta norte-americanos, sobretudo, o movimento negro.

Feitas estas considerações, convém destacar o momento em que surgiu o embrião de que são hoje as chamadas *ações afirmativas*. Surgiram nos EUA, de início, para beneficiar minorias raciais em situação de desvantagem, seja social, seja estatal. Posteriormente, tais ações foram sendo utilizadas no combate à discriminação em geral, pautando-se sobre quaisquer critérios persistentes no sentido de macular a igualdade material entre os sujeitos de uma comunidade, como por exemplo, a discriminação sexual e étnica.

Por sua vez, dois principais momentos assentaram as políticas afirmativas: a fase da proibição das discriminações e a fase da instituição de medidas especiais de combate à discriminação.

Na primeira supramencionada fase, as políticas das ações afirmativas tinham como finalidade o incentivo à efetividade do princípio da igualdade como proibição de discriminação. Neste momento se desenvolvia o movimento norte-americano de direitos civis, que tinham como objetivo extinguir a triste realidade da discriminação nas relações trabalhistas, em função da raça do empregado. Eram discriminados, além dos negros, os asiáticos e os indígenas-americanos originários do Alaska e das ilhas do Pacífico, os quais eram impossibilitados de ascender profissionalmente, ou até pior, não tinham acesso a diversos postos de trabalho.

Diante desta realidade, foram elaborados os seguintes diplomas: a Lei de Direitos Civis de 1964, a Ordem Executiva nº 1961 e a Ordem Executiva nº 11.246, editadas, respectivamente, pelos Presidentes John Kennedy e Lyndon Johnson.

A *Civil Rights Act* de 1964, além de disciplinar as práticas consideradas ilícitas por parte do empregador na relação de trabalho, instituiu também a competência judicial para sancionar práticas discriminatórias intencionais, por intermédio de provimentos mandamentais. Foi, pois, o “embrião” das ações afirmativas no contexto norte americano, e, o espelho daquilo que hoje entendemos como ações afirmativas no contexto pátrio.

Evoluindo para a segunda fase – da instituição de medidas especiais de combate à discriminação, o discurso mudou o foco, avançando de uma mera preocupação com um combate à discriminação meramente formal, para efetivamente estabelecer uma estratégia mais rigorosa na superação da desigualdade fática. A pobreza e a exclusão em que se inseriam

os negros floresceram a preocupação com a efetiva integração destes no âmbito social e econômico, tendo como baliza uma política efetiva de combate à discriminação.

Foram pensadas inúmeras políticas, entre elas, a utilização da raça como critério de desempate ou preferência no preenchimento de vagas no mercado de trabalho, o que mais tarde, de forma mais elaborada, se desenvolveria como sistema de cotas raciais.

Com efeito, o termo “ação afirmativa” surgiu à época da presidência de John Kennedy (1961-1963), mas ganhou realmente efetividade na gestão do Presidente Richard Nixon (1969-1974).

Registre-se que foi desta época a instituição da *Equal Employment Opportunity Commission* – EEOC –, cuja competência nos limites da lei se delineava na aplicação de sanções a empregadores que atuassem com políticas discriminatórias. No âmbito da Administração, foram instituídas políticas sociais para que as contratações com o Poder Público fossem realizadas com fins de atingir um percentual aceitável de minorias raciais. Na Educação, o *Civil Rights Act* de 1964 determinou às universidades que promovessem programas de ações afirmativas, mormente, as entidades privadas, beneficiárias de fundos públicos.

Assim, após essa breve abordagem histórica acerca do surgimento das ações afirmativas nos Estados Unidos da América, os próximos tópicos tratarão de demonstrar, de maneira clara, o desenvolvimento de tais políticas públicas e suas atuais problemáticas no contexto pátrio.

3 DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA: UM BREVE DEBATE JUSFILOSÓFICO

Em razão de a presente discussão ter como foco principal a justiça social, faz-se necessária uma breve análise do que é justiça. Este termo, porém, encontra-se revestido de uma enorme carga axiológica, permitindo o seu desdobramento em inúmeros conceitos e concepções. Assim, não há como definir de maneira exata o significado da expressão “justiça”.

Neste sentido, Bittar (2009, p. 508-509), ao escrever sobre o entendimento do filósofo Chaim Perelman a respeito do que é justiça, aduziu:

Chaim Perelman, em seu ensaio sobre a justiça, não admite que esta seja um valor absoluto, mas relativo e impassível de ser definido pelo conhecimento; o valor é

relativo e depende da crença de cada qual. Ora, desta forma, Perelman aponta como saída para o problema, a elevação da questão para o nível da razoabilidade prudencial do diálogo e da argumentação. Portanto, é a discussão racional, sobre valores mais ou menos aceitos, que constitui o objeto de conhecimento sobre a justiça. Estudar justiça, segundo Perelman, é estudar valores, e valores relativos, que se discutem historicamente, socialmente e culturalmente.

Com efeito, tomando como base os ensinamentos de Perelman, extrai-se que a justiça pode ser considerada como *a ratio essendi* do Direito, ou seja, a finalidade deste. Porém, só pode ser assim imaginada quando se respeita primordialmente o princípio da igualdade. Este, no entanto, pode ser entendido por diversos focos também. Por sua vez, o ideal aqui abordado, em virtude da implementação das ações afirmativas, será a igualdade na sua forma *substancial*, discutida mais profundamente nos próximos tópicos.

Ademais, imperioso destacar que a justiça intrinsecamente relacionada à consecução da cidadania guarda afinidades com as ações afirmativas, na medida em que se tem percebido uma verdadeira mudança de paradigmas, tendo o sujeito de direito deixado de ser visto como ser abstrato e geral para ser considerado em suas diversidades e peculiaridades.

Os direitos humanos, inclusive, têm sido observados na sua universalidade e indivisibilidade, o que aliado à ideia de especificidade dos sujeitos de direito, ensejou a edição das Convenções de Combate à Discriminação Racial, da Mulher e a Convenção sobre os Direitos das Crianças.

Desta feita, numa realidade que preza pela justiça social, urge a necessidade de realce desta com a redefinição do papel do Estado, conforme será demonstrado em seção própria. O Estado compromete-se a instituir políticas públicas que destinam um tratamento diferenciado às minorias, aos grupos vulneráveis, uma vez que a cidadania só é plenamente alcançada com a realização da observância da indivisibilidade e universalidade de direitos humanos, e, consecução do processo de especificação do sujeito de direito.

4 AÇÕES AFIRMATIVAS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

As ações afirmativas têm recebido inúmeras denominações, as quais, muitas vezes findam por concentrar uma carga pejorativa envolta da nomenclatura designada. Muitos as denominam de ideias de cotas, tratamentos preferenciais, discriminação inversa, discriminação invertida, discriminação benigna, entre outras. No entanto, este artigo utilizará

predominantemente as nomenclaturas *ações afirmativas e discriminação positiva*, em virtude de serem mais adequadas ao propósito que as ações em apreço possuem na promoção da igualdade material, bem como no combate a qualquer tipo de discriminação.

Imperioso, neste momento, traçar qual relação pode ser extraída entre as diretrizes do Estado Democrático de Direito, a concepção de democracia e as ações afirmativas.

Torna-se, portanto, essencial ressaltar aqui alguns fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito, entre eles, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, incs. II e III, da CF), além de alguns objetivos da República Federativa do Brasil, tais como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incs. I e IV, da CF).

Sobre o Estado Democrático de Direito, preleciona José Afonso da Silva (2007, p. 120):

É um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor da justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir.

Vislumbra-se, portanto, nitidamente que o Estado Democrático de Direito busca essencialmente a efetivação da justiça social e da cidadania, por intermédio da concretização dos inúmeros direitos positivados na Constituição, fundamentados, mormente, na dignidade da pessoa humana.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 acompanhou a redefinição do papel do Estado e elevou os direitos fundamentais a cláusulas pétreas, garantindo a proteção, inclusive, de direitos coletivos. Buscou assegurar de forma eficaz os direitos nela encartados, não se resumindo a expor simples prescrições legais, como fez o Estado de Direito, cujo princípio basilar era a legalidade. Fez mais, diante dos conceitos gerais, abstratos e prescritos em lei, determinou que o Estado Democrático de Direito deve atuar positivamente com a finalidade máxima de fazer valer os direitos dos cidadãos que estão sob sua jurisdição. O Estado deve ser intervencionista para promover o bem-estar social.

Com efeito, no contexto das atuações estatais, surgem as ações afirmativas, por meio das quais o Estado promove mudanças políticas, econômicas e sociais, sendo tais realizações o seu próprio fundamento. Deve o Estado agir sopesando os diversos interesses divergentes e

convergentes de uma mesma sociedade para fins de pacificação social, sobretudo, e para o fomento de uma sociedade verdadeiramente igualitária.

Para tanto, deve tomar como norte os princípios constitucionais, sobretudo, o princípio da justiça social, da igualdade, da legalidade e da segurança jurídica, em razão dos valores que carregam. Deve observar a supremacia da Lei Maior diante todo o ordenamento jurídico como um dever incondicional na garantia dos direitos prometidos, como forma de respeito ao que se almeja chamar “democracia participativa”.

Nesse diapasão, ensina José Afonso da Silva (2007, p. 126) que “democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”. No mesmo sentido, elencou Robert Dahl (2009, p. 58), algumas consequências desejáveis da democracia, entre elas: o repúdio à tirania, a garantia dos direitos essenciais, a liberdade geral, a autodeterminação, a autonomia moral, o desenvolvimento humano, a proteção dos direitos pessoais essenciais, a igualdade política, a paz e a prosperidade.

Desta feita, com base nas constatações alhures, depreende-se que a democracia promove, portanto, o realce da convivência social, respaldada principalmente no valor isonomia (substancial), alvo das ações afirmativas, se alocando como meio e fim do Estado Democrático de Direito, o qual tem como dever a promoção do bem estar dos seus cidadãos, o respeito pelas diferenças, a pacificação e concretização da justiça social.

5 AÇÕES AFIRMATIVAS: RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O sistema de direitos fundamentais baseado, mormente, na dignidade da pessoa humana, leva ao entendimento de que o ser humano se posiciona como fundamento e fim da sociedade e do Estado. Assim, muito embora a dignidade preexista ao Direito, fato é que sua proteção apenas adveio após a sua positivação. Contudo, há muito já tem sido observada a sua importância, desde a edição da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹, cujo art. 16 preconizou que toda sociedade que não reconhece e não garante a dignidade da pessoa não possui uma Constituição.

1 Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <<http://www.eselx.ipl.pt/ciencias-sociais/tratados/1789homem.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2011

Por sua vez, Matos (2008, p. 176) ao dispor sobre o princípio em comento, asseverou que “uma das funções exercidas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana reside justamente no fato de ser, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional”.

No entanto, vale salientar que a dignidade da pessoa humana, em que pese atuar nas funções informativa, interpretativa, normativa e integradora, bem assim como norte na ponderação da aplicação de regras e princípios de todo o ordenamento jurídico, não pode ser utilizada de maneira desproporcional, servindo de fundamento direto para a garantia de todos os direitos, sob pena de banalização do princípio em apreço, como hoje corriqueiramente nos temos deparado.

Com isso, atente-se, a dignidade da pessoa humana deve pautar suas funções sempre no reconhecimento de direitos fundamentais para a promoção desta própria dignidade. Há, pois, uma correlação entre esse princípio e a concretização da igualdade material, seja porque fomenta a liberdade sexual, seja porque garante maior proteção às minorias (negros, mulheres), ou porque assegura a eficácia dos direitos sociais por meio das políticas públicas.

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, Hesse (1992, p. 109-111 citado por PIOVESAN, 2009, p. 366) prelecionou:

O artigo de entrada da Lei Fundamental normaliza o princípio superior, incondicional e, na maneira de sua realização, indisponível, da ordem constitucional: a inviolabilidade da dignidade do homem e a obrigação de todo o poder estatal de respeitá-la e protegê-la. Muito distante de uma fórmula abstrata ou mera declamação, à qual falta significado jurídico, cabe a esse princípio o peso completo de uma fundação normativa dessa coletividade histórico-concreta, cuja legitimidade, após um período de inumanidade e sob o signo da ameaça atual e latente à dignidade do homem, está no respeito e na proteção da humanidade.

Noutro giro, importa correlacionar também a observância do princípio da igualdade e as ações afirmativas. Isso porque, o princípio da isonomia é corolário da democracia, na medida em que não permite distinções, vedações e perseguições. Visou a Constituição Federal suprimir as desigualdades com base em critérios discriminatórios, quando insculpiu em seu texto legal, inúmeros direitos que buscam promover uma equiparação entre as pessoas. Buscou-se, pois, uma igualdade jurídica, em respeito às desigualdades inerentes a cada ser humano, ao seu contexto social, histórico, econômico, político e cultural.

Convém enaltecer, contudo, que a sociedade passou por mudanças no que concerne à concepção do conceito de igualdade (formal e material). A isonomia formal passou a ser definida como aquela vislumbrada numa simples leitura da Constituição quando prescreveu que todos são iguais perante a lei. Porém, não era suficiente para garantir os direitos mais essenciais ao homem, em que pese ter sido um grande avanço das Declarações de Direito ter consagrado em seus textos legais a pretensão à isonomia formal, glorificada na legalidade como limitação ao poder soberano.

Com efeito, na atualidade, não há mais espaço para uma isonomia meramente formal. Deve o espaço ser ocupado por uma preocupação com a realização da isonomia verdadeira substancial, que destina tratamentos desiguais aos cidadãos, na medida de suas desigualdades, particularidades e especificidades.

Com essa nova necessidade de fornecer sustentabilidade à igualdade material, surgiram e se destacaram as ações afirmativas, as quais ampararam as diferenças. Percebeu-se que alguns grupos deviam ser diferentemente reconhecidos, em razão da sua vulnerabilidade, o que autorizaria um tratamento específico, sem com isso ferir o princípio da igualdade.

Por sua vez, para fins de consubstanciação da igualdade material, são necessárias duas ações: uma no sentido de combate à discriminação e outro no sentido de promover a igualdade, não podendo ser trabalhadas de forma dissociada.

Neste diapasão, no contexto internacional foram celebradas inúmeras Convenções, entre elas, a Convenção de Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ambas ratificadas pelo Brasil. Com elas, procurou-se erradicar qualquer forma de discriminação consubstanciada em atitudes que distinguem, excluem, restringem, anulam ou prejudicam direitos.

Entretanto, o simples combate à discriminação e as ações voltadas à sua eliminação não garantiram de todo a realização de uma isonomia material. Aliadas às formas de combate à discriminação, precisaram ser propostas também formas de estimulação da inserção dos grupos vulneráveis no contexto político, social e econômico, medidas verdadeiramente interessadas em promover uma equiparação entre os indivíduos de uma sociedade.

Para tanto, se mostraram como boas alternativas as ações em apreço de *caráter temporário*. Tais medidas, por outro lado, não devem ser observadas apenas pelo prisma retrospectivo, como uma compensação a um passado discriminatório, mas também pelo prisma prospectivo, que efetivamente vise promover uma transformação de inclusão social.

Como dito, devem também ser temporárias, cessando logo após alcançados os seus objetivos, sob pena de perpetuar uma discriminação sem finalidade justa.

Sobre o tema, obtempera Flávia Piovesan (2009, p. 189):

As ações afirmativas, enquanto políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório, cumpre uma finalidade pública decisiva ao projeto democrático, que é a de assegurar a diversidade e a pluralidade social. Constituem medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com a crença de que a igualdade deve se moldar pelo respeito à diferença e à diversidade. Por meio delas transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva.

Tecidas as correlações entre o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana, e as ações afirmativas, a seção seguinte tratará dos diplomas que regem as medidas de discriminação positiva, demonstrando como estas têm sido disciplinadas no contexto brasileiro, afastando qualquer entendimento direcionado a macular a sua constitucionalidade.

6 A DISCRIMINAÇÃO POSITIVA: PREVISÃO NOS DIPLOMAS LEGAIS INTERNACIONAIS E PÁTRIO

Exaustivamente abordada a questão da importância da implementação das ações afirmativas, convém delinear um breve paralelo acerca de como elas estão inseridas no contexto mundial, bem como estão amparadas no ordenamento jurídico pátrio. Serão aqui destacadas algumas convenções internacionais celebradas no afã de dar suporte a essas políticas afirmativas.

Tais Convenções foram gradativamente elaboradas, visto que durante o Estado Liberal buscava-se a preservação de outros direitos, à época de maior importância para o homem, entre eles, a liberdade, a segurança e a propriedade, principalmente em virtude do temor dos abusos que o Estado poderia cometer, findando pela rejeição de outros direitos tão importantes quanto os supracitados, como o direito à igualdade.

No entanto, com a mudança de valores, a igualdade ganhou destaque entre os direitos fundamentais. Uma igualdade para não permitir mais que grupos, de qualquer raça, sexo, cor, etnia, etc., sofressem atrocidades já conhecidas pela História da Humanidade, que se

basearam na diferença entre os indivíduos para fundamentar um extermínio, a extinção de uma raça, entre outras inúmeras formas de maltrato e discriminação.

Por outro lado, o medo de um tratamento diferenciado que pudesse eventualmente fundamentar novos conflitos, perseguições e privilégios, perdeu espaço, em função da necessidade de conferir aos grupos vulneráveis um tratamento especial, atendidas todas as particularidades e especificidades que o acompanham.

A esse respeito, foram ratificadas pelo Brasil, como dito anteriormente, a Convenção da ONU sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, bem como a Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a primeira em 1968 e a segunda em 1984. Seus preceitos se tornaram verdadeiras obrigações no combate aos desrespeitos dirigidos àqueles que de alguma forma são diferenciados por algum critério social, econômico, racial, sexual, étnico, entre outros.

Ambas possuem nos seus respectivos arts. 1^o textos similares, os quais definem a discriminação baseada na raça e no sexo como quaisquer distinções, exclusões ou restrições cujo objetivo seja prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições iguais, dos diversos direitos humanos e liberdades fundamentais.

Outrossim, as Convenções acima destacadas previram a possibilidade de adoção de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos com vistas a promover uma ascensão na sociedade até um nível de equiparação com os demais, bem como a promoção da igualdade de fato entre os gêneros masculino e feminino.

Doutro bordo, impende ressaltar o aparato normativo exclusivamente nacional que deu respaldo as ações afirmativas. Diversamente de como ocorreu nos Estados Unidos da América, o nosso direito pátrio, em sua própria Lei Maior instituiu dispositivos que aludem (obrigam) a utilização das políticas de discriminação positiva.

2 Art. 1º. Para fins da presente Convenção, a expressão "discriminação racial" significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discriraci.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2011.

Art. 1º. Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra as mulheres" significa toda distinção, exclusão ou restrição fundada no sexo e que tenha por objetivo ou consequência prejudicar ou destruir o reconhecimento, gozo ou exercício pelas mulheres, independentemente do seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2011.

A exemplo, cite-se o art. 3º, incs. III e IV, da Constituição Federal, mencionado alhures, que inseriu entre os objetivos da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Ainda, o art. 5º, inc. LXI, da Lei Maior também fundamenta a constitucionalidade das ações afirmativas, uma vez que dispõe sobre a punição para com aquele que cometem atos discriminatórios atentatórios dos direitos e liberdade fundamentais. Mais especificamente, o inciso XLII do artigo em comento abordou a questão da discriminação racial, ao estabelecer que constitui crime a prática do racismo, sendo inafiançável e imprescritível, sujeitando o infrator à pena de reclusão. Acompanhando os citados preceitos constitucionais, foram editadas as Leis nº 7.716/1989, 9.459/97 e 7.716/1989, as quais tratam dos crimes resultantes de preconceito de raça ou cor.

Noutro giro, o art. 37, inc. VIII, garantiu às pessoas portadoras de deficiência física uma reserva percentual de cargos e empregos públicos, bem como foram protegidas, por intermédio do art. 215, §1º, as manifestações culturais indígenas e afro brasileiras. Foi garantida, inclusive, uma proteção especial ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, consoante redação do art. 7º, inc. XX, da CF.

Com efeito, gradativamente o Estado brasileiro vem interagindo com essa proposta de inclusão social dos grupos vulneráveis, desequiparados, sobretudo, pelo passado discriminatório. Citem-se, ainda, outros exemplos, tais como a “Lei de Cotas”, disciplinada pela Lei nº 9.100/09 e o Programa Nacional de Ações Afirmativas, regulamentado pelo Decreto nº 4.228 de 13 de maio de 2002³.

Do mesmo modo, as ações afirmativas vêm encontrando embasamento, inclusive, na jurisprudência, possuindo incontáveis julgados a favor da sua implementação, rechaçando qualquer tese levantada acerca da sua eventual inconstitucionalidade. Um exemplo recente e

³ O Programa Nacional de Ações Afirmativas possui as seguintes diretrizes básicas:

Art. 2º O Programa Nacional de Ações Afirmativas contemplará, entre outras medidas administrativas e de gestão estratégica, as seguintes ações, respeitada a legislação em vigor:

I - observância, pelos órgãos da Administração Pública Federal, de requisito que garanta a realização de metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência no preenchimento de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS;

II - inclusão, nos termos de transferências negociadas de recursos celebradas pela Administração Pública Federal, de cláusulas de adesão ao Programa;

III - observância, nas licitações promovidas por órgãos da Administração Pública Federal, de critério adicional de pontuação, a ser utilizado para beneficiar fornecedores que comprovem a adoção de políticas compatíveis com os objetivos do Programa; e

IV - inclusão, nas contratações de empresas prestadoras de serviços, bem como de técnicos e consultores no âmbito de projetos desenvolvidos em parceria com organismos internacionais, de dispositivo estabelecendo metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência.

bastante importante para o reconhecimento da constitucionalidade das políticas afirmativas foi o julgamento ocorrido em 19 de março de 2009, envolvendo a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol⁴.

7 AÇÕES AFIRMATIVAS: CRÍTICAS E CONSIDERAÇÕES

Conforme dito no intróito, alguns dilemas vêm envolvendo à temática das ações afirmativas. Não se aterá esse presente tópico a rebater o argumento amplamente difundido de que as ações afirmativas ferem o princípio da igualdade, em virtude de exaustivamente essa questão já ter sido superada em outras seções.

No entanto, outros desafios merecem ser aqui debatidos.

Piovesan (2009, p. 204) elenca alguns focos de tensão, dos quais se destacam: a “racialização” da sociedade brasileira e afronta à autonomia universitária, em razão da imposição do sistema de cotas, que serão debatidos em tópico próprio.

Elenca, ainda, o eventual antagonismo entre políticas universalistas *versus* políticas focadas, argumento que pode brevemente ser rechaçado, bastando afirmar que a adoção de

⁴EMENTA: AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO- DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. 1. AÇÃO NÃO CONHECIDA EM PARTE.

[...] 9. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica. (STF. Tribunal Pleno. Pet 3388, Rel. Min. Carlos Britto, j. 19/03/2009, DJe-181. Divulg. 24-09-2009. Public. 25-09-2009. Republicação DJe-120. Divulg. 30-06-2010.

medidas focadas, como as ações afirmativas, em nada impede o desenvolvimento das políticas universalistas. Podem, inclusive, ser adotadas concomitantemente. Ademais, muito pouco no plano fático tem se alcançado a partir do desenvolvimento de medidas genéricas.

Outrossim, não há que se falar também em eventual violação do preceito de proibição constitucional de qualquer discriminação com base na raça ou cor de um indivíduo, estampada no art. 3º, inc. IV, da CF. Ora, este argumento esbarra na sua própria falta de lógica, bastando fazer uma atenta leitura do aludido dispositivo, o qual prevê a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Imperioso destacar que, visando o combate à discriminação seja por qualquer critério que se baseie, pareceria um dissenso acolher a argumentação completamente sem fundamento de que as ações afirmativas violam o art. 3º, inc. IV da CF, a menos que não se queira entender a finalidade das políticas afirmativas, ou não as entenda como medidas que visem justamente o combate a tão repudiada discriminação. Assim, uma alternativa que surgiu justamente para superar perseguições, abusos e exclusões, não pode ser explicitada num plano contrário aos objetivos da República Federativa do Brasil.

Ademais, não há nenhum desrespeito à dignidade da pessoa humana, argumento amplamente já rechaçado em tópicos anteriores. A respeito dessa eventual afronta, entende Rios (2008, p. 200) que não ser discriminado é parte inegável daquilo que é devido a cada ser humano em uma sociedade. Assim, não há jamais que se falar que a dignidade de alguém é ferida por ser reduzido à condição de meio ou polarizado como vítima de um passado injusto.

Na verdade, percebam, que negar que os negros, por exemplo, foram e até hoje continuam sendo vítimas de uma infundável discriminação racial e social, seria ignorar uma realidade fática ainda presente nos dias atuais.

Neste aspecto, conclui Rios (2008, p.200):

Desprezar esta realidade é não reconhecer este dado importantíssimo da realidade concreta, onde tais pessoas vivenciam sua história. Este reconhecimento da concretude humana é tão necessário para o respeito à dignidade quanto evitar sentimentos paternalistas que conduzem à inferiorização do outro.

Impende destacar que não se pode conceber também seja um atentado à justiça social. Ora, promover o bem de todos sem preconceito é uma forma de fomentar a justiça social, aliás, é um dever de todos, em respeito à própria dignidade da pessoa humana e dos fins da

democracia. Então, como aceitar que as ações afirmativas como uma das alternativas capazes de implementar os objetivos prometidos em nosso direito pátrio, estaria a violar a justiça social?

Como dito, justiça não é um termo fácil de exprimir seu significado, podendo ser vislumbrado em diversas concepções. Contudo, existem ações que inegavelmente contribuem para a realização da justiça, e entre elas, sem dúvida, se encaixam as medidas afirmativas. Será que toda uma comunidade não ganha quando se busca promover o bem de todos, quando se tem como alvo superar a discriminação? A resposta só pode ser positiva.

7.1 As ações afirmativas no contexto das Universidades Brasileiras: cotas para negros

Por fim, faz-se imprescindível, em razão de ser o ponto mais questionado quando se trata de ações afirmativas, cuidar especificamente das cotas raciais para o ingresso nas universidades brasileiras. Isso porque, além de todos os dilemas acima rebatidos, tais políticas específicas possuem desafios particulares, os quais merecem ser aqui explicitados.

Cumpra, pois, trazer à baila as principais problemáticas envolta dessa questão para melhor elucidação do tema. De início, um interessante esclarecimento elaborado por Nilma Lino Gomes (2006, p. 13-14)

Alguns (ou muitos) poderão dizer, com efetiva razão, que nós demoramos muito a chegar a essa posição. De fato, elevar o debate sobre promoção da comunidade afro descendente, nesses termos – transcorridos 116 anos de liberação do trabalho escravo -, é quase uma eternidade, toda sorte, esse momento reflete, também, a emergência de um grupo que, a despeito de todos os constrangimentos à sua formação educacional e política, pode se colocar na posição de questionar o que lhe reserva o futuro em termos de sua seguridade social, econômica e, também política.

Convém ressaltar o início desta calorosa discussão, a qual, em que pese ter iniciado na década de 90, com a difusão dos pré vestibulares populares, cujo protagonista foi o Movimento Pré Vestibular para Negros e Carentes – PVNC –, criado em 1993, na cidade de São José de Meriti, ganhou força a partir de 2003, no emblemático vestibular para ingresso na Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ –, conhecida pela sua excelência e elitização [colocar a referência].

O que pautou esse polêmico vestibular foi a aprovação das cotas pela Lei Estadual nº 3.708/2001, a qual assegurou 40% das vagas para negros e pardos. Entretanto, a referida Lei,

embora tenha garantido uma ampla possibilidade de acesso dos negros e pardos à Universidade Estadual, teve a seção que disciplinava a responsabilização do governo do Estado no fornecimento de recursos para a permanência dos alunos cotistas na referida Universidade vetada.

A discussão ficou ainda mais intensa, no momento da divulgação do resultado do primeiro vestibular com cotas da UERJ, quando foram publicadas as notas dos alunos ingressantes por meio desse benefício. No entanto, não deveria ter sido feito nenhum alarde diante das constatações explicitadas à época. Se os alunos cotistas tivessem obtido resultados tão bons ou superiores àqueles que ingressaram sem a necessidade do sistema de cotas, não haveria razão para estas existirem. Assim, utilizar esse argumento é relegar o fundamento das cotas, qual seja, dar oportunidade a quem dificilmente teria condições de ingressar sem qualquer “auxílio” em uma universidade pública.

Aliás, esclareça-se que um terço dos cotistas ingressariam sem a referida reserva. Aliás, muitos daqueles que impetraram mandado de segurança se sentindo injustiçados pelo sistema de cotas, sequer obtiveram êxito ao final do vestibular, sequer alcançaram a nota mínima para ingresso na UERJ.

Nesse contexto, foi, então, editada nova Lei, garantindo 45% de vagas para alunos cotistas, distribuídas da seguinte forma: 20% para negros, 20% para egressos da rede pública de ensino e 5% para pessoas portadoras de deficiência e integrantes de minorias étnicas. Quem quisesse ingressar na Universidade pelo sistema de cotas, deveria apenas escolher um tipo desta para concorrer.

Foi introduzido um corte de renda, por meio do qual se instituiu já para o vestibular de 2004 a renda *per capita* da família do beneficiário em até R\$ 300,00 (trezentos reais). Já para o vestibular de 2005, a renda não poderia ser superior a R\$ 520,00 (quinhentos e vinte reais). Gomes (2006, p. 30), observou de forma exemplar a nova relação instituída:

Esse cruzamento atenta e realça a existência de verticalidades interna ao grupo dos negros, através do corte de renda, excluindo os negros das classes médias e alta do acesso ao benefício das vagas reservadas – ainda que, em relação aos brancos de classe média e alta, estes não mantenham relações horizontais na totalidade de sua experiência social, visto que também sofrem o racismo e a discriminação em diversos espaços e momentos de sua formação e trajetória social.

Todavia, os murmurinhos continuavam, era alegado que as cotas feriam o princípio da isonomia, instauraria conflitos raciais no âmbito acadêmico universitário e prejudicariam o

rendimento da universidade. Surgia, ainda, a tese persistente, mas pouco pertinente de que o Brasil, por ter sido um país com forte miscigenação, todos poderiam se afirmar afrodescendentes.

Impende fazer uma simples constatação: os critérios de classe social e raça sempre foram utilizados como apoio a racialização da sociedade e exclusão dos grupos desfavorecidos. Então, essa hostilidade racial não pode ser suscitada como argumento contrário às ações afirmativas. Se desde o passado se percebe essa racialização, contudo dita instaurada a partir das costas, que seja assim feita para benefício de quem por séculos sofreu e continua a sofrer discriminação.

Destarte, em que pese não se negar a existência de uma forte miscigenação, a autodeclaração como sistema de identificação é normativamente positivada no direito pátrio, não ocorrendo apenas para identificação a respeito de raça, mas também identificação para minorias étnicas, bem como reconhecimento indígena.

Ademais, se diz que as cotas ferem o dispositivo constitucional expresso no art. 208, inc. V, o qual dispõe sobre o dever do Estado com a educação, por meio da garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a *capacidade* de cada um. Alegam os opositores às cotas, que estas desconsideram o mérito individual exigido pelo dispositivo constitucional.

Por sua vez, este dilema pode ser rebatido da seguinte forma: não há qualquer dispositivo constitucional que imponha a pontuação como único requisito apto a aferir mérito individual nos casos de vestibulares e concursos. Frise-se, que não existem dados que apontem correspondência direta entre o desempenho no vestibular e o respectivo rendimento dentro da sala de aula.

Por outro lado, não se pode relegar a garantia de uma concorrência equânime, que dificilmente poderia ser alcançada sem o auxílio das cotas, infelizmente, fruto do racismo e da discriminação de toda uma História. A respeito, (DWORKIN citado por RIOS, 2005, p. 569).

Os responsáveis pelas admissões não devem oferecer vagas como premiações por realizações ou trabalhos passados, nem como medalhas por talentos ou virtudes inerentes: seu dever é escolher um corpo discente que, no todo, venha a dar a maior contribuição possível às metas legítimas que a instituição definiu.

Há, inclusive, os mais radicais que questionam a entrada dos negros por cotas, sob a alegação de que mudará radicalmente o perfil dos alunos que ocupam as universidades do

país. Ora, essa realidade não começou com o ingresso dos negros por intermédio das cotas, mas sim, desde o momento em que foram instituídas as cotas para alunos egressos da rede pública de ensino. Contudo, o debate só veio à tona quando alunos cotistas iniciaram a graduação de cursos com alto prestígio social, a exemplo de direito e medicina, porque até o momento em que ingressavam nos cursos de “baixo prestígio”, poucas críticas eram suscitadas.

Igualmente, não se deve entender que as cotas violam a autonomia universitária, entendida como uma independência na definição de critérios de ingresso nas suas dependências, cuja previsão legal encontra-se no art. 207 da CF.

Por sua vez, convém dizer que não existe nenhuma quebra da autonomia das universidades. A possibilidade de uso das ações afirmativas, inclusive, adquiriu força a partir da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei nº. 9.394/96 –, quando prescreveu a seguinte observância: o número de vagas das universidades deve ser atingido em conformidade com a capacidade institucional, bem assim as exigências do meio social.

Ademais, a Lei 10.558/2002 determinou a implementação de estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente os afros descendentes e indígenas, o que mais uma vez corrobora a tese de que devem as universidades atuar no sentido de promover a inserção de indivíduos desfavorecidos no seu âmbito.

Com isso, e diante todos os argumentos supra, parece superada a questão suscitada de que as cotas raciais são inconstitucionais, não possuem qualquer respaldo legal, bem como fere a dignidade da pessoa humana, o princípio da isonomia, violam a autonomia universitária, entre outros tantos argumentos preconceituosos que insistem em fechar os olhos para um novo contexto social, econômico e político delineado pela Constituição Federal, que exige do Estado, em seu papel redefinido, verdadeira intervenção em prol do bem estar da comunidade.

8 CONCLUSÃO

Diante tudo o que foi abordado neste artigo, conclui-se que a sociedade precisa de uma mudança de paradigmas.

Não se pode deixar que uma situação aparentemente conflituosa entre o dever de observância da igualdade jurídica e a promoção da igualdade fática seja fundamento para

suprimir as medidas afirmativas. Como já explanado no decorrer deste artigo, esse conflito é facilmente superado, utilizando-se da própria ideia de igualdade material.

A partir dessa concepção, cuja preocupação precípua é o estímulo da concretização da igualdade na realidade fática, não se pode continuar a enaltecer a simples igualdade que preza de forma abstrata o tratamento igual de todos perante a lei. Um tratamento igualitário meramente formal fere a isonomia, pois não age com cautela, não faz ponderações, não observa as especificidades dos sujeitos de direito, fecha os olhos para uma realidade fática injusta que ainda assola a sociedade.

Faz-se imperioso superar qualquer entrave a efetividade das ações afirmativas, a começar pelo preconceito na sua implementação.

Com efeito, em que pese não serem as ações afirmativas obrigatórias aos Poderes Públicos, exceto nos casos previamente previstos em lei, a exemplo do percentual destinado aos deficientes físicos para ocupação de cargos públicos, é obrigação, sim, do Estado, em razão da redefinição do seu papel, preocupado com o bem estar social, programar medidas que visem à justiça social, por meio da promoção da igualdade material e a inserção dos grupos mais vulneráveis num contexto fático digno.

Para tanto, as medidas de discriminação positiva são boas alternativas nessa luta, embora não sejam as únicas. Excelentes, principalmente porque encontram respaldo constitucional, no momento em que são utilizadas de acordo com os objetivos da República Federativa do Brasil, seus fundamentos, ou simplesmente, porque atuam na finalidade última do Estado, qual seja, a consecução da justiça social.

Não resta, pois, qualquer dúvida que a isonomia fática não deve ficar a mercê do pobre discurso vangloriado da isonomia abstrata perante à lei. Basta apenas para sua concretização que seja demonstrada a real necessidade de sua utilização, sendo condicionadas dessa maneira aos seus próprios fundamentos de existência.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme de Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DAHL, Robert Alan. **Sobre a Democracia**. Trad. de Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2009.

GOMES, Nilma Lino (Org.). **Tempos de Lutas:** as Ações Afirmativas no Contexto Brasileiro. Brasília: Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2006.

JÚNIOR, Mauro Nicolau (Org.). **Novos Direitos:** a Essencialidade do Conhecimento, da Cidadania, da Dignidade, da Igualdade e da Solidariedade como Elemento para a Construção de um Estado Democrático Constitucional de Direito na Contemporaneidade Brasileira. Curitiba: Juruá, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e “Novos” Direitos na Constituição Federal de 1988: Algumas Aproximações. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A Construção dos Novos Direitos.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 176-210.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação:** Discriminação Direta, Indireta e Ações Afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AFFIRMATIVE ACTION IN BRAZIL: AN ANALYSIS ABOUT “POSITIVE DISCRIMINATION” AS AN INSTRUMENT FOR ACHIEVING SOCIAL JUSTICE

ABSTRACT

The article narrates about the emblematic matter of affirmative action in Brazil. It will broach the main critiques drawn towards those affirmative measures, as well as the evidencing of detailed analysis of the reasons that serve as substantiation for its institution. The study will also approach a parallel between the necessity to promote the “actions of positive discrimination” and the role played by the Democratic State of Law, which has an obligation to instigate citizenship and promote effectiveness to social justice, respecting the subject’s dignity in all its diverse specificities.

Keywords: Affirmative action. Equality. Human dignity. Social justice.