

ACÕES AFIRMATIVAS: INCLUSÃO SOCIAL DAS MINORIAS

Airton José Cecchin*

CECCHIN, A. J. Ações afirmativas: inclusão social das minorias. *Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar*. Umuarama. v. 9, n. 2, p. 325-354, 2006.

RESUMO: O objetivo deste trabalho é reafirmar a necessidade de implementação de ações afirmativas, por meio de políticas públicas e privadas, em atenção ao princípio da igualdade material. Como instrumento hábil para a inclusão social das minorias jurídicas, resgata a dignidade humana e neutraliza os efeitos da discriminação. Visa, ainda, a demonstrar que as ações afirmativas encontram amparo na constituição federal, com fundamento na justiça compensatória e na justiça distributiva, para corrigir erros do passado ou injustiças do presente. Abordar a constitucionalidade das medidas, a possibilidade de discriminações legítimas, bem como os argumentos favoráveis e contrários às discriminações positivas. Expor aspectos históricos relevantes na evolução das ações afirmativas e do princípio da igualdade. Sintetizar a importância do tratamento isonômico na promoção da justiça social, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

PALAVRAS-CHAVE: Ação afirmativa. Princípio da igualdade. Inclusão social.

1. Introdução

A incansável busca pelo bem comum levou nações e povos a refletirem sobre a real função do Estado no mundo contemporâneo. A igualdade formal prevista nos ordenamentos jurídicos conduz o Estado à neutralidade, ficando inerte na implementação de ações públicas e privadas capazes de erradicar a pobreza e minimizar os efeitos da discriminação. Para ativar e promover a justiça social é preciso que o Estado aja em prol das minorias jurídicas, em atendimento ao princípio da igualdade, na sua dimensão material.

Propõe-se abordar neste trabalho aspectos relevantes das chamadas ações afirmativas, a serem executadas pelo Estado e pela iniciativa privada.

*Funcionário do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região - PR. Especialista lato sensu em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura Estadual de Francisco Beltrão- PR. Professor das disciplinas de Direito do Trabalho e Prática Processual Trabalhista do Curso de Graduação em Direito. Mestrando em Direito Processual Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense - Unipar. E-mail: ajcecchin@hotmail.com

São políticas públicas e privadas positivas que visam cessar os efeitos da discriminação por motivo de origem, raça, sexo, cor, idade, compleição física e quaisquer outras formas de discriminação. Concebidas originalmente pelo direito americano, infiltraram-se no ordenamento jurídico de outros países e representam, hodiernamente, mola propulsora no amadurecimento social, mormente no que refere ao acesso à educação e ao emprego pelas minorias sociais. Fundadas na justiça compensatória e na justiça distributiva, as ações afirmativas buscam ajustar o desequilíbrio social, decorrente das injustiças do passado e do presente, em combate à discriminação arraigada na cultura do povo. Versou-se, também, sobre a constitucionalidade das ações afirmativas e os fundamentos autorizadores, observando-se os posicionamentos contrários e favoráveis à inserção da medida. Sustentou-se a discriminação legítima, com base na teoria da necessidade do negócio, amparada no próprio ordenamento jurídico. Foram ressaltados os aspectos históricos relevantes das ações afirmativas e da transmutação da igualdade formal para a igualdade material.

Na abordagem dos tópicos, verificou-se a utilidade e importância das ações afirmativas na inclusão das minorias sociais, em resgate à dignidade humana. Salientou-se a relevância de se adotar medidas temporárias, com possibilidade de cessação, redução ou transformação, quando surtidos os efeitos necessários, sob pena de se transformar uma discriminação positivo-lícita em uma discriminação negativo-proibida. A correta aplicação do princípio da proporcionalidade pelos Poderes Legislativo e Executivo, quando da efetivação de políticas públicas, ou pelo Poder judiciário, no julgamento do caso concreto, inibe eventual inconstitucionalidade das ações afirmativas, pois não verificado o desvirtuamento, deve-se emprestar plausibilidade ao instituto.

2. Do princípio da igualdade: formal e material

O art. 5º da Constituição Federal consagra o princípio da igualdade, afirmando que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Aristóteles, em sua visão futurística e sempre atualizada, definiu com simplicidade o real significado da igualdade, e foi categórico ao cunhar o brocardo de que a igualdade consiste em “dar tratamento desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades”. Em nossos tempos, cita-se, comumente, Rui Barbosa, que também definiu o princípio constitucional da igualdade, com toda a maestria que lhe é peculiar. Cerqueira (2002) transcreveu parte do Discurso de Rui Barbosa aos bacharelandos da Faculdade de Direito de São Paulo, em 1920, intitulado *Oração aos Moços*:

(...) A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na

medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equipalessem. Essa blasfêmia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria, proclamada em nome dos direitos do trabalho; e, executada, não faria senão inaugurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria (...).

A igualdade jurídica (formal) entre os povos, hodiernamente, é algo perceptível, pois em quase sua totalidade as regras e normas jurídicas editadas trazem em seus textos o caráter isonômico da igualdade. Essa igualdade pronunciada pela lei é denominada de igualdade formal. Ocorre, porém, que a efetivação da igualdade no plano fático não tem surtido os efeitos apreçados no plano jurídico. Embora a Constituição Federal elenque inúmeros direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, indistintamente, tanto não se observa no campo da realidade dos fatos, ao menos para um número expressivo da população brasileira, pois os mecanismos são insuficientes para a construção de uma sociedade igualitária, fraterna e solidária. A essa igualdade desejada denomina-se de igualdade material. A concentração de riquezas e a má distribuição de renda inibem a inserção dos excluídos no processo de ajuste democrático. A igualdade prevista constitucionalmente tem alcançado apenas o que, pelo status social que já possuem, dispensariam qualquer forma de proteção do Estado.

A distinção e os efeitos práticos entre a igualdade material e formal, foram assim sintetizados por Silva (2006):

Na história do Estado de Direito, duas noções de princípio da igualdade têm sido recorrentes nos textos constitucionais. De um lado, na acepção de **igualdade formal**, fala-se na necessidade de vedar ao Estado toda sorte de **tratamento discriminatório negativo**, ou seja, de proibir todos os atos administrativos, judiciais ou expedientes normativos do Poder Público que visem à privação do gozo das liberdades públicas fundamentais do indivíduo com base em critérios suspeitos tais como a raça, a religião ou a classe social. De outro, sustenta-se que, além de não discriminar arbitrariamente, deve o Estado promover a **igualdade material** de oportunidades por meio de políticas públicas e leis que atentem para as especificidades dos grupos menos favorecidos, compensando, desse modo, as eventuais desigualdades de fato decorrentes do processo histórico e da sedimentação cultural.

Note-se que o segundo conceito de igualdade **absorve e amplia o primeiro**, pois igualdade formal e igualdade material são manifestações do princípio da **isonomia em duas gerações sucessivas de direitos fundamentais**. Para ser mais explícito, o princípio da **igualdade material não só veda o tratamento discriminatório, como também preconiza a implementação de políticas públicas tendentes a exterminar ou mitigar as desigualdades de fato**.

A diferença está basicamente na postura do Estado em relação à igualdade,

pois, enquanto o Estado Liberal se contenta em não produzir institucionalmente a desequiparação, o Estado Social, berço da Segunda geração, arroga para si a missão de produzir a equalização **como compromisso constitucional**.

Desde a nova concepção de igualdade, passou-se a exigir do Estado, além da igualdade formal, a igualdade material. Essas posições, aparentemente antagônicas, não se excluem, mas se complementam, na medida em que é dever do Estado, além de coibir tratamento diferenciado, implementar medidas que atenuem ou eliminem as desigualdades. A inércia do Estado, limitando-se a proibir determinadas condutas, não logrou êxito, pois a discriminação assumiu proporções alarmantes, provocando a exclusão de milhares de pessoas, agrupadas por origem, raça, sexo, cor, idade e demais formas de discriminação, determinando a existência de minorias sociais. A resposta do Estado a este desnivelamento social, vem por meio de ações afirmativas, também conhecidas como discriminação positiva, cujo objetivo é o resgate e a inclusão social das classes menos favorecidas.

Pinho (2005, p. 107), citando Elida Séguin, disse que “A igualdade total é uma utopia, uma ilusão, “somente ocorre no nível imaginário. As pessoas são diferentes e devem ser tratadas de formas distintas para minimizar as desigualdades e o binômio odioso exploração/dominação”.

Falar em igualdade importa compreender a exata medida do conceito, incluindo não só a igualdade formal, mas principalmente a igualdade material, como forma de contemplar a todos, indistintamente, observando-se que o tratamento isonômico consiste em tratar igualmente os iguais, na medida de suas igualdades.

É importante destacar que a busca desse tratamento diferenciado, com o intuito de promover a igualdade desejada, não cabe apenas ao Estado, mas deve ser perseguida em conjunto com a iniciativa privada, em especial as empresas, como forma de ativar a responsabilidade social de todos, através de ações afirmativas, em prol das minorias sociais.

3. Das minorias sociais

Durante décadas os juristas do mundo inteiro buscam alternativas para equilibrar a balança social, sem que isso possa representar um ato discriminatório, o que seria reprovável. A igualdade material visa à inclusão social do que se denominou chamar de minorias sociais. Frise-se que as minorias não podem ser vistas de forma quantitativa, ainda que isso possa, coincidentemente, ocorrer. São denominadas minorias não pela quantidade numérica de seus componentes, mas sim pelo status jurídico conferido a esses cidadãos, notadamente inferior àquele

conferido aos detentores do poder, ou que possuem uma larga vantagem social-jurídica sobre os demais, devido a fatores históricos, econômicos e culturais.

Assim, pode-se afirmar que o negro e o pardo, numericamente superiores em nosso país, são considerados minorias, devido à concepção jurídica que deve ser dada à palavra. Já os povos indígenas, com reduzido número de habitantes, possuem, além da minoria numérica, a jurídica. A mulher brasileira não pode ser considerada minoria numérica, mas as estatísticas demonstram que recebem tratamento jurídico diferenciado, incluindo-as nas minorias jurídicas. Portanto, falar em minorias sociais implica adotar a concepção jurídica, podendo ser traduzida como o grupo de pessoas que possuem direitos inferiores aos direitos conferidos aos demais cidadãos. Essa diferenciação de direitos geralmente não ocorre no plano jurídico, ou seja, a igualdade formal está plenamente prevista em nosso ordenamento jurídico. Contudo, a realidade social cuidou de oferecer certas barreiras a determinados grupos, explícita ou implicitamente, promovendo a discriminação, em afronta ao princípio da dignidade humana. Não se pode determinar com certeza quais são e quantos são os grupos que podem ser considerados minorias sociais, pois variam no tempo e no espaço, a depender de fatores outros, imprevisíveis de serem aferidos com precisão.

Porém, os blocos de minorias se formam por motivos de raça, sexo, cor, idade, religião, compleição física, poder aquisitivo, ideologias, e demais diversidades inerentes aos povos. Os casos mais corriqueiros de minorias estão relacionados aos negros, índios, mulheres, deficientes físicos, idosos e protestantes. Pertencer a um grupo de minorias é simplesmente um fato, não havendo maiores transtornos para se compreender esta incontestável situação. O que não se concebe é o enfraquecimento ou estabelecimento de direitos distintos por conta desta adversidade natural, gerando prejuízos de ordem moral, econômica e cultural a seus integrantes. As ações afirmativas servem para corrigir estas distorções.

4. Do conceito e objetivos das ações afirmativas

A neutralidade Estatal foi disseminada pelo sistema capitalista. A ideologia tem como objetivo manter o Estado longe das atividades empresariais, como mero espectador dos fatos. Inerte com os problemas sociais e complacente com a sociedade dominante, desencadeou um processo de distribuição de renda extremamente desproporcional, fundado exclusivamente na concentração de capital. A energia do trabalho, fonte principal de geração de riquezas, perdeu drasticamente seu valor, pois o trabalhador tornou-se apenas um instrumento do capital, como qualquer outra mercadoria. O problema foi se alastrando e assumiu

dimensões não previstas para, ao final, externar com nitidez os preconceitos que pareciam ter sido banidos da sociedade. A par desta constatação, a realidade mostrou-se mais dura com alguns grupos sociais, considerados juridicamente inferiores aos demais, por motivos de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação.

Destaque-se que a discriminação é mais disseminada pelo gênero e pela raça, e tem reflexos, principalmente, no acesso à educação e ao mercado de trabalho.

Essa postura inerte ocupa o Estado pela não intervenção na economia, no domínio espiritual e na esfera íntima das pessoas. Contudo, o tempo tem demonstrado o fracasso deste mecanismo, exigindo-se do Estado uma participação ativa na resolução dos problemas sociais. Surgiram, assim, as chamadas ações afirmativas, consistentes em políticas positivas de combate à discriminação. Teve origem nos Estados Unidos da América e propagou-se por todo o mundo, inclusive no Brasil (GOMES, 2002, p. 36-38).

As ações afirmativas têm a incumbência de nivelar as classes e grupos sociais, concedendo vantagens jurídicas quando há desníveis fáticos, ou seja, o desequilíbrio proporcionado no plano dos fatos seria compensado por um desequilíbrio no plano jurídico, tutelado pelo Estado. Em uma simples analogia isso é facilmente perceptível quando se cogita de direitos trabalhistas, pois o legislador, preocupado com submissão do empregado ao império do empregador, editou normas protetivas, juridicamente desiguais, mas que permitem equilibrar o capital/trabalho. Isso também ocorre com o direito do consumidor e, recentemente, com o novo direito civil, ante a existência de inúmeras cláusulas abertas, para que o julgador utilize-se da equidade e do bom senso.

GOMES (2001, p. 6), assim definiu as ações afirmativas:

Concebidas pioneiramente pelo Direito dos Estados Unidos da América, as ações afirmativas consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física.

O Estado e as empresas têm participação decisiva na implementação de políticas públicas, exigindo-se uma atuação ativa, pois no mundo capitalista somente as pessoas com poder decisório seriam capazes de sustentarem mudanças nas estruturas da sociedade. Portanto, as ações afirmativas obrigam tanto as entidades públicas como as privadas, servindo para combater todas as formas de discriminação existentes ou que, porventura, existirão.

Importante diferenciar a políticas governamentais “neutras” de combate

à discriminação, reguladas por normas simplesmente proibitivas, das políticas governamentais “positivas” de combate à discriminação, por meio de ações afirmativas. Gomes (2001, p. 40-41), foi feliz na distinção:

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade ao acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

Assim, para o combate à discriminação são utilizadas políticas neutras e positivas. Enquanto estas agem de forma promocional, aquelas de forma proibitiva ou inibitória. Relevante destacar que o Poder Judiciário, na sua função jurisdicional de inclusão social, pode transformar políticas neutras, meramente proibitivas, em verdadeiras ações afirmativas, determinando que as entidades ou instituições cessem atos discriminatórios e implementem políticas promocionais.

Segundo o referido autor, os objetivos das ações afirmativas não ficam restritos à proibição de determinadas condutas, mas requerem a promoção de políticas capazes de efetivamente proporcionarem uma transformação social, de ordem cultural, pedagógica e psicológica (GOMES, 2001, p. 44).

As ações governamentais positivas dependem de uma atuação efetiva do Estado, representado aqui pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além da iniciativa privada, com o intuito preciso de se promover a igualdade material, como resgate da dignidade humana. Os poderes Legislativo e Executivo agem de forma preventiva, exigindo uma atuação ativa, tanto do Estado como da iniciativa privada. Já o Poder Judiciário tem a missão reparatória, sem dispensar, é claro, sua função de implementador de políticas públicas, ao exigir o cumprimento e a inserção das minorias em postos de trabalhos, por exemplo (GOMES, 2001, p. 52-59).

As ações afirmativas, além de implementarem a igualdade material, têm

a função de mudar a concepção ideológica discriminativa, disseminada e enraizada no mundo todo, por muitos e muitos anos. Essas discriminações foram causando, no decorrer dos tempos, efeitos no mundo jurídico, provocando a formação de minorias jurídicas e, conseqüentemente, a exclusão desses grupos. Para resgatar essas pessoas, que vivem à margem da sociedade, as ações afirmativas mostraram-se eficientes. Na verdade, são políticas públicas e privadas, de responsabilidade de todos, em especial do Estado, que visam o bem comum. Nada mais são do que discriminações positivas autorizadas pelo Estado, contrapondo-se às discriminações negativas, perpetradas pela conduta omissiva ou comissiva do ser humano, com o intuito de desfavorecimento pessoal de indivíduo que considera inferior.

As políticas a serem implementadas podem ser resumidas, como regra geral, no disposto no art. 3º da Constituição Federal:

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

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

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

Trata-se de norma programática, mas com eficácia imediata, pois visa à implementação de planos e programas sociais, com a participação da sociedade em geral e do Estado, representado pelo Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. As normas programáticas não são terminantes, mas de trato sucessivo e continuado, pois dependem de uma série de outros fatores, externos e internos, com o intuito de aprimoramento e implementação dos objetivos a que se destinam. Irão variar no tempo, a depender da época e da necessidade. Paulo (2002, p. 57-88) demonstrou que os fins da jurisdição estão previstos neste dispositivo e são destinados à promoção da justiça social.

No entanto, implementar discriminações positivas requer critérios e alta capacidade de comprometimento com a realidade, de modo que não é possível delinear métodos inflexíveis e duradouros, devido à constante gestação de direitos. Verificada a exclusão social, a ação afirmativa tem por escopo resgatar essas minorias e, uma vez cumprido este papel, não tem mais razão de existir, sob pena de se tornar uma discriminação negativa. Tem-se, assim, o caráter provisório da medida. Um dos argumentos da doutrina americana, contrário às ações afirmativas, reside exatamente no caráter definitivo com que estão sendo adotadas. Porém, os defensores alegam que as políticas afirmativas ainda não

surtiram os efeitos desejados. Gomes (2001, p. 225-226), em estudo aprofundado sobre as ações afirmativas no direito americano demonstrou a divergência:

O argumento central que propõem o fim das ações afirmativas é o de que, concebidas em princípio para ter vigência limitada no tempo, elas já teriam surtido os efeitos esperados, eis que os negros, mulheres e outras minorias gozam atualmente na sociedade americana de situação incomparavelmente melhor do que há trinta anos. Portanto, não haveria mais necessidade desse tipo de política pública. A este argumento se opõem os defensores das ações afirmativas, dizendo entre outras coisas, que resta muito ainda a ser feito, e, como ressaltou o próprio Presidente Clinton de maneira peremptória, ao invés de acabar com as ações afirmativas, seria melhor alterá-las, adaptando-as ao novo contexto histórico do país («don't end it, mend it»).

A implementação de ação ou programa de inclusão social será limitada ao tempo necessário para equilibrar as desigualdades perseguidas. A temporariedade da medida não permitirá a transformação de uma discriminação positiva e lícita em uma discriminação negativa e proibida. Contudo, como bem sinalizado pelo Presidente Clinton, ao invés de eliminá-las, seria melhor adequá-las aos novos tempos, com as mutações necessárias, a depender dos efeitos provocados pela ação positiva. Sempre haverá desigualdade material, motivo suficiente para a manutenção de políticas públicas. Pode-se eliminar, por exemplo, uma das várias espécies de ação afirmativa, ou transformá-la, reduzir sua abrangência, enfim, adaptar à nova realidade, mas jamais acabar com o gênero Ações Afirmativas.

5. Da discriminação: um problema político-cultural

Não há como negar a desigualdade social. No plano dos fatos a sobreposição do mais forte sobre o mais fraco é algo que pode ser entendido como normal, dada a inquietude do ser humano na busca de resultados satisfatórios. Aliás, o homem tem uma tendência natural de fazer de seu próximo um escravo ou, no mínimo, um seguidor de suas ideologias. O fascínio provocado pelo poder tem a missão de aprimorar o egoísmo e o ego, sustentáculos da ignorância, mas combustível da dominação. Esse poder não provém somente do Estado. Pode ser verificado na família, na escola, nas comunidades organizadas, nas igrejas, nas associações e clubes. Assume dimensões corporativistas, com fundamento na origem, raça, sexo, etc. Dizer que é branco pode ser motivo de status em nosso país. Participar da Igreja Católica Romana em países onde esta religião predomina, também é motivo de orgulho, não por afinidades ideológicas, mas devido aos fortes preconceitos com relação a outras religiões.

O Cardeal da Igreja Católica, Dom Evaristo Arns (2000, p.18-19), no

artigo intitulado “Para que todos tenham vida”, manifestou sua preocupação com os direitos humanos e a dificuldade de compreensão do que seja igualdade:

No Brasil, o grande problema para a vigência dos direitos humanos, além da situação concreta do país, é o da mentalidade brasileira, que não tem a menor noção do que seja a igualdade. Alguns fatores cooperam para isto. Primeiro, a escravidão, a mais longa do ocidente e a última a ser oficialmente abolida. Sendo o negro escravo considerado objeto, esta concepção entranhou-se na nossa mentalidade reforçando preconceitos e um profundo desprezo pelo valor da vida humana. Por outro lado, perdemos apenas para Botswana em termos de distribuição de renda. 53% do PIB brasileiro está nas mãos dos 10% mais ricos. Nossa cultura, profundamente influenciada pela norte americana, baseia-se no consumo, no ter e não no ser, o que, aliás, tem uma profunda relação com a escravidão. Só nos últimos anos, as identidades estão se formando como autônomas e como expressão de criatividade individual ou competência profissional, ou seja, no ser. Numa cultura escravista, trabalho era coisa para escravos e as pessoas valiam pelas suas relações, parentescos e posses, sedimentando a cultura clientelística ainda em voga, infelizmente, na política brasileira.

O objetivo principal das ações afirmativas é minorar os efeitos da discriminação. Explicar o motivo pelo qual leva um ser humano a discriminar outro ser humano é algo que deve ficar a cargo da psicologia ou da sociologia. Todavia, pode-se creditar uma grande parcela ao processo natural, herdado de geração para geração. Se foi concebido durante centenas e centenas de anos que a mulher é inferior ao homem, não será num sopro mágico que as consciências machistas se convencerão do contrário. O livro mais lido e vendido no mundo relata a posição da mulher desde os tempos remotos. A Bíblia Sagrada não economizou palavras para proporcionar essa desigualdade. Enquanto o homem teve origem numa criação inédita de Deus, a mulher surgiu de um plágio, que teve início com o transplante da costela do homem. A considerar verdadeiro este fato, Deus iniciou a discriminação. A superioridade do homem também foi balizada por Jesus Cristo, que possuía doze apóstolos, ainda que tenha, como ninguém, elevado a importância da mulher. A Igreja Católica escolheu o homem para ser o Padre e propagar ideologias. Os Protestantes, fruto do rompimento com a Igreja Católica Romana, continuaram nesta mesma linha, pois suas ideologias religiosas são disseminadas, preferencialmente, por homens. Não restam dúvidas de que o problema é cultural, sendo que a intenção em discriminar foi espalhada pelo mundo por motivos escusos, certamente para atender a determinadas linhas ideológicas compartilhadas pelos detentores do poder. A referência foi exemplificativa, mas serve para todas as demais formas de discriminação, que impõe determinada conduta ideológica, excluindo, sem motivo plausível, determinados grupos sociais. Tem como objetivo demonstrar a existência de uma

hierarquia entre os humanos, como forma de expressar poder e comando.

A gravidade ou não da discriminação estará ligada diretamente à cultura arraigada de seu povo. Por motivo de sexo a mulher é discriminada de uma forma geral; mas se é mulher e negra a discriminação torna-se mais acentuada; mulher, negra e empregada doméstica a discriminação é contundente; mulher, negra, empregada doméstica e morando na favela, é algo inconcebível. Ainda que muitos não expressem verbalmente a discriminação, direcionam suas atitudes de uma forma sutil, tornando o ato quase imperceptível no mundo jurídico.

Dom Evaristo Arns denunciou a discriminação perpetrada pela Igreja (2000, p.22-23):

A Igreja, instituição humana e pecadora, ainda que guardiã da Revelação, teve e tem os mais variados preconceitos. A discriminação mais visível é a que se dá contra a mulher que só mui recentemente vem conquistando alguns espaços em seu interior. Esquecida, durante séculos, que Maria e seu filho, Jesus de Nazaré, são judeus, bem como os apóstolos, incluindo-se Paulo, e santos como Edith Stein, alimentou preconceitos contra o povo de Israel, do qual não cessa de penitenciar-se. Chegou a queimar uma santa, Joana d'Arc, padroeira da França. E por uma série de problemas políticos e filosóficos rejeitou o iluminismo, que sob certos aspectos pode ser visto como a maturação da humanidade, e com eles, os direitos humanos. Só foi endossá-los na segunda metade deste século, no Concílio Vaticano II.

Em tempo como o nosso, de permissividade, falta de ética e lucro a qualquer custo a Igreja consegue, melhor que a psicologia, pedagogia, jurisprudência e política, “fundamentar porque a moral, os valores éticos e as normas devem valer incondicionalmente (e não somente ali onde me parece conveniente) e de uma forma geral (para todas as camadas, classes e raças). Salva-se o humano na medida em que é fundamentado pelo divino”.

Todo o ano a Igreja Católica lança um tema polêmico na Campanha da Fraternidade. Neste ano de 2006 o tema é “Fraternidade e pessoas com deficiência” e o lema “Levanta-te, vem para o meio”. Não há dúvidas de que se trata de um trabalho importante, que levado a efeitos jurídicos constitui verdadeira ação afirmativa. Vale lembrar, porém, que muitas Igrejas não possuem local de acesso para esses portadores de deficiência.

Conforme já afirmado, inúmeras pessoas são contra atos discriminatórios. Porém, nem sempre o que externam é o que pensam ou sentem. A eliminação dos preconceitos decorrerá de um processo de amadurecimento ético, moral e social, que ocorrerá naturalmente, servindo as ações afirmativas como mola propulsora a esta conquista. A marcha é lenta, pois invadir o cérebro humano com novas ideologias é apenas o primeiro passo para alcançar e conquistar a alma deste mesmo ser. Externar condutas antidiscriminatórias fundadas em

normas jurídicas, não significa, necessariamente, a plenitude do convencimento pessoal do emitente. O problema, portanto, não é jurídico. O problema é fático e tem reflexos jurídicos. O Estado busca formas jurídicas para responsabilizar os fatos discriminatórios, ainda que isso invada o direito subjetivo do livre pensamento e da livre consciência. O que se quer argumentar é que o Estado não tem como apagar o direito subjetivo de pensar de forma discriminatória, arraigado na consciência do cidadão. Se o problema é cultural, somente o tempo mudará esta concepção, quando as ideologias discriminatórias concebidas serão substituídas, paulatinamente, pela ética antidiscriminatória, contemplando todos os seres humanos, independentemente de suas especificidades. A liberdade de pensamento e opiniões forma, ainda que inconscientemente, blocos de minorias, cabendo ao Estado identificar e tomar as medidas necessárias para uma mudança, não só para promover a inclusão, mas também para extirpar os pensamentos discriminatórios.

É importante destacar que não se pode resumir a ação afirmativa no sistema de cotas, pois este é apenas uma espécie daquela. As ações afirmativas podem surgir de atos privados, como reserva de vagas para mulheres negras, reserva de vagas para o ensino de pessoas carentes. Ou de atos ou leis públicas, como incentivos fiscais para quem contrata deficientes físicos, previsão de incentivo fiscal em edital de licitação para quem contrata negros, obrigatoriedade de contratação de determinado percentual de deficientes físicos. Não há lei que impeça o implemento de ação afirmativa, desde que, é óbvio, não constituam uma discriminação negativa.

6. Dos fundamentos das ações afirmativas: justiça compensatória x justiça distributiva

As ações afirmativas, como principal instrumento de implementação da igualdade material, têm alicerces e fundamentos na justiça. Discute-se, porém, se essa justiça é compensatória ou distributiva.

A justiça compensatória ou reparatória está ligada a fatos históricos, voltada a corrigir erros do passado. As injustiças foram cometidas aos antepassados das pessoas que hoje são consideradas minorias. Essas minorias estariam sofrendo os reflexos de um tratamento diferenciado recebido durante anos. A título de exemplo, a vergonhosa escravidão dos negros ocorrida no Brasil, abolida somente em 1888. Enquanto o homem branco tinha liberdade e educação, o negro passou 400 anos sem direito à liberdade de pensamento e acesso à cultura. Somente após a libertação iniciou-se um processo de educação e aculturação da raça negra. A desproporcionalidade entre a raça branca e a

negra, agora considerada raça humana, tornou-se flagrante, na medida em que despreparados para ocupar qualquer cargo, emprego ou trabalho que exigisse conhecimento e preparo.

Com base nestes fundamentos é que se diz que as ações afirmativas visam corrigir distorções do passado, reparando as atrocidades cometidas por grupos dominantes, em prejuízo dos dominados. Os descendentes desses grupos sociais dominantes estão, hoje, em larga vantagem sobre os descendentes dos grupos excluídos. Para corrigir estas distorções é preciso que os grupos sociais beneficiados indenizem os grupos sociais prejudicados. Vale lembrar que o mero pedido de desculpas ou perdão não exime a culpa. Aliás, todo e qualquer pedido de perdão deve vir acompanhado da devida reparação. A desculpa pura e simples, sem contrapartida razoável e adequada à reparação do dano cometido, é a forma mais covarde de um ser humano se esquivar de suas obrigações. Isso é muito comum nos bárbaros crimes de guerra. Depois de muitos anos o país responsável simplesmente reconhece o erro do passado, sem preocupar-se com as vítimas que fez. A própria Igreja Católica Romana, que queimou e mutilou milhares de pessoas, na denominada “Santa Inquisição”, nunca conseguiu atenuar seus crimes. Passadas décadas e décadas, simplesmente volta-se para os seus e pede perdão. Mas jamais se pronunciou pela reparação dos atos que cometeu. Não se pode olvidar, porém, que a Igreja também contribuiu para grandes avanços na dignidade humana.

Portanto, a justiça compensatória ou reparatória busca no passado seus fundamentos, na feliz conclusão de Gomes (2001, p. 62).

O preconceito e a discriminação oficial ou «social» de que foram vítimas as gerações passadas tendem inexoravelmente a se transmitir às gerações futuras, constituindo-se em um insuportável e injusto ônus social, econômico e cultural a ser carregado, no presente, por essas novas gerações.

Segundo o referido autor, o problema da adoção dessa teoria como fundamento das ações afirmativas, reside na legitimidade ativa e passiva das partes. A ilicitude deve ser requerida somente pela parte prejudicada, que irá reivindicar de quem efetivamente praticou o dano, e não de gerações futuras. Não se discorda totalmente do referido autor. Porém, a solução pode ser encontrada no próprio direito hereditário, pois a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido, proporcionalmente ao valor recebido (Art. 1997 do CC). A maior dificuldade estaria em identificar e se mensurar a responsabilidade do grupo social descendente, pois estão em jogo não só valores materiais, mas também imateriais, como a educação e a cultura.

Já a justiça distributiva está centrada em critérios mais objetivos, determinantes da discriminação, como raça, sexo e cor. Ainda que isso decorra de concepções ideológicas do passado, o fundamento é a injustiça presente, decorrentes das injustiças sociais. Supõe-se que todos são iguais ao nascer, não se cogitando dos erros do passado. As riquezas materiais e imateriais não podem ser distribuídas por critérios discriminatórios. Gomes (2001, p. 66-67) conceitua justiça distributiva e a distingue de justiça compensatória:

A noção de justiça distributiva é a que repousa no pressuposto de que um indivíduo ou o grupo social tem direito de reivindicar certas vantagens, benefícios ou mesmo o acesso a determinadas posições, às quais teria naturalmente acesso caso as condições sociais sob as quais vive fossem de efetiva justiça. No dizer de Ronald Fiscus, justiça distributiva é uma busca de justiça no presente, ao passo que justiça compensatória seria uma postulação de justiça retroativa, que visa a reparar danos causados no passado.

A justiça distributiva parte da igualdade ao nascer, observada as distinções naturais, inerentes à raça e ao sexo. Respeitadas as condições e peculiaridades de cada um, não se vislumbra motivos para perpetrar uma desigualdade material. Se todos são iguais ao nascer, permite-se a conclusão de que as oportunidades também devam ser iguais. É público e notório que as melhores Universidades Federais e Estaduais, pagas com o dinheiro dos impostos, são freqüentadas por pessoas que, via de regra, teriam condições de pagar pelos seus estudos. Ora, não se justifica tamanha desproporcionalidade com o estudante de escolas públicas. O que era para amparar os desprotegidos está servido para acolher os mais abastados, devido ao preparo educacional particularmente financiado no ensino fundamental e médio. Salta aos olhos tamanho despautério, pois as escolas públicas devem ser freqüentadas por pessoas que não têm condições de pagar suas mensalidades. Deveriam as autoridades, ao menos, exigir mensalidades de quem tem condições de pagar, sob pena de se propagar, ainda mais, a desigualdade material. Tem-se, assim, um ensino público (fundamental e médio) de baixa qualidade, freqüentado por estudantes sem condições financeiras, e um ensino público (universitário) que se pode afirmar de alta qualidade, freqüentado, geralmente, por estudantes que têm condições financeiras. Essas distorções devem ser aparadas por meio de políticas públicas que dêem condições igualitárias de acesso às Universidades Públicas. Neste contexto, identifica-se um grupo de minorias jurídicas, determinados por fatores econômicos.

Gomes (2001, p. 67), com a maestria que lhe é peculiar, fundamenta a teoria da justiça distributiva, amparado na igualdade ao nascer:

Assim, pessoas que vieram ao mundo num dado momento e que portanto ao longo de suas vidas teriam tudo para obter idêntica evolução cultural e social, passam, por meio

de artifícios injustificáveis que lhe são impostos pela sociedade, a ter trajetórias distintas, uns usufruindo plenamente de todas as vantagens, benefícios e oportunidades que se lhes apresentam, e outros sendo aberta ou dissimuladamente subtraídos do usufruto de tais benefícios. Portanto racismo e sexismo constituem explicações plausíveis para esse desvio de rota.

Além do racismo e o sexismo, inúmeras são as possibilidades de se efetivar uma discriminação. Por motivos econômicos, religiosos, de compleição física, idade, cor, origem, profissão, etc. Não há como enumerá-las de forma taxativa, pois irá depender de fatores diversos, de acordo com a concepção ideológica do grupo social que promove a discriminação. A progressão cultural e ética do ser humano é presumível, independentemente das distinções naturais particularizadas em cada ser. Gomes (2001, p. 68) encerra a discussão ao afirmar que “Contestar essa presunção (de que mulheres e outras minorias raciais progrediriam não fosse o racismo e o sexismo) equivaleria, em outras palavras, a sustentar que os grupos marginalizados seriam dotados de uma «inferioridade» congênita”. Deveras, admitir que a discriminação tenha origem congênita é detonar o caos entre os cidadãos, pela incorporação do maléfico espírito de Adolf Hitler, que eliminava as raças por ele consideradas inferiores.

Independentemente da teoria adotada (compensatória ou distributiva), o alicerce que fundamenta as ações afirmativas mostra-se rochoso, quase insuscetível de abalo, uma vez que os argumentos tendem a proporcionar à igualdade material, sem que isso possa representar uma discriminação negativa. Pelas injustiças do passado ou pelas injustiças do presente, o importante é coibir toda e qualquer forma de discriminação, elevando todos os povos e raças ao mesmo patamar civilizatório, com oportunidades e vantagens igualmente concedidas, sem que a distinção natural possa interferir nos critérios de evolução e aprimoramento pessoal. A dignidade humana se baliza pela igualdade material de direitos, sendo reprováveis condutas discriminatórias como forma de manutenção de poder.

7. Da constitucionalidade das ações afirmativas

O art. 3º, inciso IV da Constituição Federal constitui como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O art. 5º, caput da Constituição Federal estabelece que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”. Observa-se, portanto, que a própria Constituição Federal cuidou de tornar irrelevantes quaisquer preconceitos discriminatórios pelos motivos que enumerou, não admitindo distinções na promoção do bem comum.

No entanto, as ações afirmativas estão fundadas justamente nestes motivos, o que culminaria com a inconstitucionalidade da prática positiva de discriminação. Isso porque os fatores que são irrelevantes para se coibir a discriminação, como a raça, o sexo, a cor, a idade, passam a assumir relevância nos critérios que irão definir o escopo da ação afirmativa a ser implantada. As ações afirmativas exigem que se faça uma distinção onde a Constituição proibiu.

A aparente inconstitucionalidade não tem razões para vingar. O objetivo da Constituição foi evitar a segregação de raças e a marginalização das minorias, não havendo incompatibilidade quando uma ação visa promover igualdade e corrigir injustiças. A jurisprudência da Corte Suprema dos Estados Unidos tem apontado pelo uso de critérios raciais na implementação de políticas públicas, desde que utilizados de forma benéfica, para a promoção da diversidade e o fim da segregação, como a utilização de cotas educacionais, por exemplo (GOMES, 2001, p. 77).

Ademais, a própria Constituição Federal mencionou, em inúmeras passagens, o dever do Estado em promover a igualdade, à custa de desigualdades. SILVA (2006) destacou a possibilidade, inclusive, de alegação de inconstitucionalidade por omissão, na hipótese de inércia Estatal. O Preâmbulo Constitucional foi taxativo ao afirmar a intenção da Assembléia Nacional Constituinte em “(...) instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias (...)”. Porém, nada mais contundente do que as ordens emanadas no art. 3º da CF, ao determinar os objetivos da República Federativa do Brasil, em verbos que indicam ação, como construir, garantir, erradicar e promover.

A inércia do Estado em nada contribui para a redução das desigualdades sociais. O argumento de que é proibido distinguir onde a própria constituição proibiu, mostra-se falho, pois o direito deve ser harmônico e sistematicamente interpretado, considerando, ainda, a crescente gestação de direitos, sob pena de estagnação da própria evolução jurídica. As normas proibitivas, se atendidas fossem, dispensariam o uso de ações afirmativas. No entanto, os destinatários, dada à diversidade cultural, limitam-se, apenas, a não explicitar a discriminação, mas a externam sutilmente, despercebidas do mundo jurídico.

Não se pode olvidar, porém, que a implementação de ações afirmativas é verdadeira mão-dupla no ordenamento jurídico. O benefício concedido às

minorias requer a exclusão ou redução da participação dos grupos majoritários. Neste caso há um conflito de direitos fundamentais, de difícil solução. Quanto há direitos fundamentais em choque, pode-se dizer que há um conflito de princípios fundamentais, que precisa ser solucionado. Porém, a doutrina tem balizado e conduz a uma solução harmoniosa, que visa não à exclusão de um princípio em prol do outro, mas sua compressão, por meio da aplicação do que a doutrina modernamente chama de princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade decorre de interpretação, não havendo na legislação pátria norma expressa acerca de sua aplicabilidade. Segundo Nery Júnior (2004, p. 134) o princípio da proporcionalidade é oriundo de teorias estrangeiras. Ao admitir-se a utilização do princípio da proporcionalidade, reconhece-se também que não existem direitos absolutos, os quais poderão ser ponderados, tirando-lhe o rigor excessivo ou atribuindo-lhe força que não lhe é peculiar. A ponderação pode ser pré-normativa ou pós-normativa. A primeira refere-se à aplicação do referido princípio antes de editar a lei, pelo legislador. A segunda refere-se à aplicação pelo intérprete, após a vigência da lei. Para o legislador aplicar o princípio da proporcionalidade (ponderação pré-normativa), indispensável à edição de qualquer norma, devem coexistir três subprincípios, que o compõem: a) aptidão ou adequação; b) necessidade ou exigibilidade; e c) proporcionalidade strictu sensu. A aptidão ou adequação propõe que o legislador tenha uma visão futura sobre a necessária suficiência da lei para atingir o fim almejado, ou seja, há um juízo para ver se a norma a ser editada é apta e adequada ao objetivo pretendido. A necessidade ou exigibilidade decorre do fato de que o legislador só editará a norma se necessária ou imprescindível. Do contrário a norma seria vazia e sem utilidade prática. A proporcionalidade strictu sensu determina que o legislador analise se os benefícios que a norma trará superarão os malefícios que também pode acarretar, visto que o legislador não tem como prever todas as possibilidades do cotidiano, e parte do geral para o particular. Observadas as regras pré-normativas do legislador, não se mostra inconstitucional o implemento de ações afirmativas. Já a aplicação pós-normativa do princípio da proporcionalidade cabe ao intérprete, em seu livre convencimento motivado, após a edição da lei ou do implemento da ação afirmativa, oportunidade que deverá exercitar com equidade sua capacidade axiológica de raciocínio, decidindo pelo valor fundamental de maior relevância. Deverá sopesar, dentre os princípios, o de maior relevância, sendo que em prol das ações afirmativas pode-se citar o princípio da promoção da igualdade material que irá conflitar com o princípio da igualdade formal.

Desse modo, as ações afirmativas, observada sua real finalidade, não são inconstitucionais, pelo contrário, a ausência de ações governamentais neste

sentido pode acarretar inconstitucionalidade por omissão, pois é dever do Estado promover a igualdade material. No entanto, a ação afirmativa deve ser reservada para promover um ajuste social, posto que desvirtuada de seu objetivo e linha conceitual, poderá ser declarada inconstitucional. A medida também terá espaço até corrigir a desigualdade, devendo ser cessada ou transformada quando houver mudança nos fatos, suficientes a justificar sua exclusão ou transformação.

8. Dos argumentos favoráveis e contrários às ações afirmativas

Os argumentos favoráveis às ações afirmativas já foram explanados, especialmente no item 2.4 “Fundamentos das ações afirmativas: justiça compensatória x justiça distributiva”. Na oportunidade demonstrou-se o interesse governamental e social em se implementar uma justiça igualitária, fundada na fraternidade e na solidariedade. Concluiu-se que a discussão que paira em torno das teorias da justiça compensatória e da justiça distributiva é de relevância mais acadêmica do que prática, na medida em que o resultado esperado é o mesmo, ou seja, a promoção dos direitos das minorias. As ações afirmativas serviriam para corrigir as discriminações perpetradas pela indústria do poder, fundadas em preconceitos inadmissíveis nos tempos modernos, ao menos juridicamente. Seriam atenuantes dos reflexos perversos causados pelo desfavorecimento jurídico de certos grupos sociais, introduzidos, via de regra, de forma sutil e sorrateira.

Dada à necessidade de se criar benefícios e oportunidade iguais a todos e, “Em razão da inviabilidade de se qualificar monetariamente o prejuízo sofrido no presente e no passado pelas vítimas da discriminação, opta-se pela compensação na forma dos programas de “tratamento preferencial”” (GOMES, 2001, p. 232). As políticas públicas e privadas são desencadeadas pelas ações afirmativas, instrumento apto a incrementar o pluralismo e a diversidade universal, arrombando a barreira preconceitual para adentrar na esfera das minorias e resgatar a dignidade humana dessas pessoas. Alcançada a igualdade material, as minorias têm condições de competir com as majorias jurídicas, além de servirem de referência positiva para os demais membros, elevando a arranhada auto-estima desses cidadãos.

Por outro lado, não faltam argumentos contrários às ações afirmativas. GOMES (2001, p. 233-242) relacionou inúmeras objeções de ordem filosófica, prática e jurídica. Na ordem filosófica as ações afirmativas seriam mecanismos odiosos, que sob o pretexto de combater a discriminação, acabam por introduzirem uma nova forma de discriminação, ao contemplarem somente o direito de alguns. Seria uma injustiça sendo combatida com outra injustiça. Esta corrente também

defende o mérito individual como forma de acesso à educação e ao emprego, e não por critérios de raça, sexo, origem, sendo irrelevantes quaisquer considerações sobre os efeitos das discriminações ocorridas no passado. Em última análise, estar-se-ia violando o princípio da igualdade de oportunidades. Problemas de ordem prática também são apontados. Além da possibilidade de surgimento de falsas vítimas, haveria uma questionável intromissão do Estado nas empresas, que estariam obrigadas a implementar determinadas medidas, com reflexos, inclusive, no exercício das profissões. Porém, um dos maiores problemas pode ser a dificuldade de se identificar as pessoas pertencentes ao grupo das minorias, como hodiernamente acontece na denominada cotas para negros, onde pessoas assim se declaram para angariar benefícios. Na ordem jurídica defende-se que as decisões não devem levar em conta critérios de natureza social, histórica ou antropológica. A máxima jurídica que resultou da interpretação do princípio da igualdade (tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais) não tem espaço nesta dimensão, na medida em que é vedado, constitucionalmente, qualquer tratamento preferencial em razão de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Sopesados os prós e contras das argumentações expendidas, defende-se neste trabalho a urgente necessidade de implementação de ações afirmativas, visando minorar os problemas sociais. Relegar ao livre arbítrio do mercado de trabalho ou dos detentores do capital, sem considerar a tendência ideológico-solidária perseguida pela humanidade, é propagar o direito corporativo, sem maiores preocupações com as estruturas de uma sociedade duradoura. Perfilhar entendimento de que o mérito individual seja a única porta para inclusão social, é desmerecer todas as pessoas que se esforçam para criar oportunidades, mas que, por motivos alheios, são despejados na vala dos considerados “ineficientes”. Há que se perquirir os reais motivos que tornaram impotentes as tentativas de se obter um “lugar ao sol”, valendo lembrar que a solidez de um argumento deve encontrar respaldo científico e cultural, pois alardear teses sem compromisso com a realidade, pode comprometer a evolução ética do amadurecimento social.

Destaque-se que, curiosamente, muitos cidadãos, outrora considerados minorias, após galgarem posições importantes na sociedade, mostram-se bastante severos com o grupo social que pertenciam, negando a origem, raça, sexo e demais atributos naturais que carregam e consideram inferiores ao status social. Não raras vezes presenciam-se personalidades que usam da medicina para mudar a sua própria cor, outras tantas atam compromisso matrimonial com parceiras (os) de cor diversa, como forma de ostentarem posição social relevante, ou até mesmo suprir o desejo de ter nascido diferente. Esta conduta despersonalizada decorre da irradiação acelerada, perpetrada muitas vezes pelos meios de comunicação,

de que existem grupos mais importantes do que outros. Obviamente que existem exceções. Porém, dispor do próprio corpo para mudar a cor, não importa em mudar a alma, além de apagar a referência positiva das minorias. Pode-se dizer, assim, que a discriminação também nasce dentro dos grupos minorantes, pois relegam os seus para associam-se a ideologias discriminatórias, muitas vezes até repelidas pelas maiorias jurídicas.

9. Das discriminações legítimas

Além da discriminação positiva (ação afirmativa), existem discriminações que podem ser consideradas legítimas, sem afrontar qualquer princípio básico de conduta. A própria lei, por exemplo, exige, para o exercício de determinada profissão, qualificação específica, como médicos, advogados, professores, engenheiros, etc. Ainda que a qualificação não seja específica, determinadas empregos podem exigir a contratação somente de mulheres ou somente de homens, a depender da natureza do cargo. SILVA (2006) afirmou que “em determinadas circunstâncias, pode ser ela admissível, notoriamente quando a discriminação for essencial para o desenvolvimento de uma modalidade de trabalho ou tarefa que exija habilidades técnicas específicas ou que seja mais adequadamente realizada por integrantes de um sexo ou raça. É que, de fato, a natureza do negócio, em algumas situações, pode tornar necessário que haja a seleção discriminatória de indivíduos”.

Trata-se da teoria das necessidades do negócio (business necessity), acolhida pela Convenção Internacional n.º 111 da OIT, sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão. O Artigo 1º, item (2) estabelece que “As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para determinado emprego não são consideradas como discriminação”. Neste sentido, pode não ser discriminação a rejeição, por determinadas Instituições de Ensino, de contratação de professores para ministrar aula de ensino religioso, quando o candidato pertencer a religião diversa. Se determinado curso de Direito tem posição ideológica firmada no Direito Positivo, o que o torna assim conhecido, pode recusar a contratação de professor que defende o Direito Alternativo, pois está em jogo a própria atividade empresarial. Um restaurante, para dar credibilidade à culinária japonesa, estaria autorizado a contratar somente empregados japoneses.

O Art. 7º, inciso XXX da Constituição Federal, proíbe “diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”. O STF flexibilizou a norma, e editou a Súmula 683 com a seguinte redação: “O limite de idade para a inscrição em concurso

público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.

Nery Junior (2004, p. 72-73), ao tratar do princípio da isonomia, também aventou esta possibilidade:

A limitação de idade imposta por editais de alguns concursos públicos só será constitucional se a discriminação for justa. É preciso, portanto, interpretar essas normas limitadoras do ingresso no serviço público ou privado por idade, de acordo com a Constituição. A interpretação conforme a Constituição pode ocorrer, por exemplo, quando a natureza do cargo ou o tempo que restar para a pessoa prestar serviços para administração pública justificar.

Cabe ressaltar, contudo, que a justificativa deverá encontrar amparo nos demais princípios constitucionais, sob pena de se permitir acesso a emprego ou cargo a um número reduzido de pessoas, provocando uma discriminação negativa, que poderá ocasionar demanda judicial para abolir a prática.

Portanto, para caracterizar a discriminação legítima, os motivos devem estar fundados na qualificação exigida para o cargo. Mas somente se admitirá quando a necessidade discriminatória decorrer do negócio ou das especificações estritamente necessárias, pois meras diversidades não influentes geram discriminação negativa, passíveis de serem coarctadas judicialmente.

10. Dos aspectos históricos das ações afirmativas

Os Estados Unidos da América é apontado como o pioneiro no reconhecimento e implementação de ações afirmativas. A experiência americana deve servir de alicerce para a execução gradativa das políticas públicas no Brasil. Entre sucessos e fracassos na eficácia final do instituto, houve expressivo acolhimento das ações afirmativas pela Corte Americana, dando guarida aos procedimentos adotados. Contudo, persistem acirradas discussões quanto à legalidade de tais medidas. Também não há consenso quanto a real eficácia, pois muitos entendem que seus efeitos não se mostram satisfatórios.

Quanto ao marco inicial das ações afirmativas nos Estados Unidos da América, diverge a doutrina, sendo que os autores não apontam com exata precisão quais seriam os atos e as datas que desencadearam este processo de democratização do bem comum. Porém, é possível sintetizar aspectos históricos relevantes, ocorridos na década de 60.

Inicialmente, é importante destacar o discurso proferido pelo então presidente norte-americano Lyndon B. Johnson, na Universidade Howard (Washington) em 04.06.1965, referindo-se a ações afirmativas: “We seek not just

freedom but opportunity. We seek not just legal equity but human ability, not just equality as a right and a theory but equality as a fact and equality as a result”. (Nós não buscamos só liberdade mas oportunidade. Nós não buscamos só lucros legais mas habilidades humanas, não só igualdade como um direito e uma teoria mas igualdade como um fato e igualdade como resultado) (FIORAVANTE, 2005, p. 464).

Segundo Rocha (1996, p. 88-97), a expressão “ação afirmativa” foi utilizada pela primeira vez pelo presidente Lyndon Johnson, através de uma ordem executiva federal norte-americana. Gomes (2001, p. 54), destacou a importância do ato:

Assim, foi com base nessa premissa de utilização do poder de barganha de que dispõe a Administração Pública em decorrência da sua capacidade de despender enormes somas de recursos públicos, que nasceu a mais antiga – e talvez a mais eficaz – modalidade de ação afirmativa: a que foi instituída pelo famoso Decreto Executivo (Executive Order) nº 11246/65, do Presidente Lyndon Johnson. Por esse sistema, a Administração, que em princípio não teria meios legais de compelir o empregador privado a cumprir as metas de integração de minorias em seus quadros de empregados, chega por vias oblíquas a esse resultado, na medida em que a celebração de qualquer contrato com a Administração fica condicionada ao comprometimento, por parte do contratante, não só de contratar em percentuais razoáveis certas minorias, mas igualmente de oferecer-lhes efetivas condições de progressão na carreira.

Para Lorentz (2006), a expressão *affirmative action* foi usada pela primeira vez “em 1961, pelo então Presidente dos Estados Unidos J. Kennedy, que, através da ordem federal executiva nº 10.952, criou o Equal Employment Opportunity Commission (EEOC), objetivando igualar as oportunidades de empregos para aqueles que sofriam alguma limitação decorrente de discriminação”.

Na seara trabalhista, relata a doutrina que o termo “ação afirmativa” teve início nos Estados Unidos da América e foi usado pela primeira vez por um oficial afro-americano na administração Kennedy, Hobart Taylor. Tinha por objetivo possibilitar a uma pessoa discriminada, em razão de sua raça, reclamar junto à Comissão de Práticas de Emprego Justas. Contudo, à época, o método era ineficiente, pois o acesso à Comissão, com poderes apenas de conciliação e persuasão, tinha como requisito uma prévia averiguação por parte do Estado. Não havendo conclusões satisfatórias por parte do Estado, o caso era levado à Comissão. Caso esta também não colocasse fim ao litígio, a reclamação poderia ser levada à Corte Federal. Em 1964 aprovou-se a Lei dos Direitos Civis, que proibiu a discriminação no emprego das minorias raciais, em especial negros e mulheres. Porém, foi na administração de Nixon que se definiu o primeiro critério de definição de ação afirmativa. Tinha por objetivo ofertar empregos a pessoas

qualificadas pertencentes a diversos grupos raciais, com objetivos flexíveis e por determinado tempo. Visava tornar relevante a representação racial dos grupos. A Suprema Corte Americana referendou o plano e em 1974 e a mulher também foi colocada sobre a proteção da Lei de 1964, com a proibição de discriminação no ambiente de trabalho por questões de gênero, mediante assinatura de ordem executiva (GUGEL, 1999, p. 71-72).

O Estatuto dos Direitos Civis de 1964 foi dividido em inúmeros capítulos, cada um deles dedicado a uma forma específica de discriminação. Gomes (2001, p. 51-52) elencou as discriminações contempladas: “discriminação no emprego, discriminação no acesso à educação, discriminação residencial, discriminação religiosa, discriminação em matéria eleitoral, discriminação no emprego em razão de idade, discriminação em logradouros públicos, discriminação contra os índios, discriminação em razão de deficiência física”.

Nos Estados Unidos o movimento persiste, conforme destaca Lorentz (2006):

Mais recentemente, em 1997, MARTIN LUTHER KING III, anunciou a criação da Americans United for Affirmative Action (AUAA), organização sediada em Atlanta visando à manutenção e à ampliação das ações afirmativas como medida de proteção às oportunidades iguais para todos, *verbis in verbis*: “o programa de ações afirmativas permanece como garantia fundamental para proteção das oportunidades iguais. Ressalta que esta foi a razão pela qual meu pai e outros profissionais que trabalhavam com direitos civis defendiam a ação afirmativa tão fortemente em suas vidas, e é por esse motivo que temos que apoiar tais programas contra os ataques atuais”.

No Brasil, somente após a Constituição Federal de 1988 é que se iniciou verdadeiro processo a respeito das ações afirmativas. Porém, deixa muito a desejar, pois além de não encontrar consenso social ideológico, sofre as retaliações orçamentárias e capitalistas. As discriminações de gênero e raça são mais acentuadas, com reflexos no acesso à educação e ao mercado de trabalho. Dada a importância do tema “discriminação”, as Organizações Internacionais estão implementando medidas visando coibir toda e qualquer forma de discriminação. Embora revestidas de neutralidade, foram de importância ímpar para o impulso deflagrado pelo Estado rumo às ações afirmativas. A discriminação de gênero e raça, por estarem mais presentes no cotidiano dos cidadãos, com reflexos diretos nas relações de trabalho, ganhou atenção especial dos Órgãos Internacionais, conforme abaixo assinalado. A relevância do tema permite a transcrição de Artigos das Convenções mais importantes.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, proíbe qualquer discriminação, em seu Artigo II:

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

A Convenção n.º 111 da OIT, de 1958, ratificada pelo Brasil, sobre a Discriminação em matéria de Emprego e Profissão, estabelece, em seu Artigo 1.º:

(1) Para os fins da presente Convenção, o termo «discriminação» compreende:

- a) Toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) Toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Estado Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de patrões e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1968, ratificada pelo Brasil, estabelece em seu Artigo 1.º:

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.

Por fim, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, ratificada pelo Brasil, conceitua, em seu Artigo 1.º, a discriminação:

Para fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Contudo, embora recentes as políticas públicas afirmativas, a história

demonstra que teve origem ainda na época de Aristóteles, ao definir o princípio da igualdade na sua dimensão material (dar tratamento desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades). O atraso desmedido na implementação e o real entendimento do princípio da igualdade devem-se ao sistema capitalista que sempre assolou o mundo. O que chama a atenção é que sua origem teve início em um país que sequer considera a cultura e os direitos dos outros povos, na medida em que prega sua soberania a qualquer preço, provocando a barbárie em todo mundo, como forma de manter os demais países sob seu domínio. Essa condição subalterna dos países emergentes tende a sofrer mudanças breves, pois a diversidade de informações e o acesso aos bens comuns podem representar o declínio do poderio americano, cuja empáfia é construída pelo poder que efetivamente exerce, sem medir as consequências futuras de seus atos.

Vale ressaltar que o princípio da igualdade, embrião das ações afirmativas, sempre esteve presente nas Constituições Brasileiras. Até a Constituição Federal de 1988 privilegiou a neutralidade estatal, pois tratava apenas da igualdade formal. Com a Constituição de 1988 o Estado passou a assumir um compromisso com as camadas sociais prejudicadas pelo sistema capitalista, devido à má distribuição de renda. Houve uma ampliação do princípio da igualdade formal para abrigar também a igualdade material, nos termos do art. 3º da Constituição Federal. O então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio de Mello, em palestra proferida em 20 de novembro de 2001, no Seminário “Discriminação e Sistema Legal Brasileiro” promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho, relatou com brilhantismo as fases históricas das Constituições Brasileiras, cujo destaque merece transcrição (MELLO, 2001, p.1-6):

As Constituições sempre versaram, com maior ou menor largueza, sobre o tema da isonomia. Na Carta de 1824, apenas se remetia o legislador ordinário à equidade (...). Veio a República e, na Constituição de 1891, previu-se, de forma categórica, que todos seriam iguais perante a lei (...). Na Constituição de 1934, dispôs-se também que todos seriam iguais perante a lei (...). Na Constituição outorgada de 1937, simplificou-se, talvez por não se admitir a discriminação, o trato da matéria e proclamou-se, simplesmente, que todos seriam iguais perante a lei (...). Sob a égide da Carta de 1937, veio à baila a Consolidação das Leis do Trabalho, mediante a qual se vedou a diferenciação, no tocante ao rendimento do prestador de serviços, com base no sexo, nacionalidade ou idade (...). Já na progressista Constituição de 1946, reafirmou-se o princípio da igualdade, rechaçando-se a propaganda de preconceitos de raça ou classe (...). Na Constituição Federal de 1967, não se inovou; permaneceu-se na vala da igualização formal (...). Na Constituição de 1969 – a Emenda n. 1, de 1969, verdadeira Constituição -, repetiu-se o texto da Carta imediatamente anterior (...).

(...) Esse foi o quadro notado pelos constituintes de 1988, a evidenciar, como já afirmado, uma igualização simplesmente formal, uma igualdade que fugia aos parâmetros necessários à correção de rumos. Na Constituição de 1988 – dita, por Ulysses GUIMARÃES,

como cidadão, mas que até hoje assim não se mostra não por deficiência do respectivo conteúdo, mas pela ausência de vontade política de implementá-la -, adotou-se, pela primeira vez, um preâmbulo – o que é sintomático-, sinalizando uma nova direção, uma mudança de postura, no que revela que “nós,” – todos nós e não apenas os constituintes, já que eles agiram em nosso nome (...). E, aí, a Lei Maior é aberta com o artigo que lhe revela o alcance: constam como fundamentos da República Brasileira a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e não nos esqueçamos jamais de que os homens não são feitos para as leis; as leis é que são feitas para os homens. Do artigo 3º vem-nos luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de forma desigual (...).

A inserção nas Constituições dos países orientais e ocidentais do princípio da igualdade formal, caminhou para um segundo momento, mais especial, pois permitiu ao legislador derivado e ao infraconstitucional a inclusão paulatina de políticas públicas e privadas, visando à reestruturação social, em atendimento ao princípio da igualdade material. Para finalizar este trabalho, cite-se o poema do Padre Jocy Rodrigues, que propaga a igualdade, a fraternidade e a liberdade.

P O E M A

“Todo sujeito é capaz
de viver com liberdade.
Ninguém vale mais que o outro:
Eis uma grande verdade.

Seja qual for sua raça,
sua cor, homem ou mulher,
fale que língua for,
adore o Deus que quiser.

Seja qual for seu partido
ou a sua opinião,
seja pobre ou seja rico,
seja de qualquer nação.

Quer more num palacete
ou viva num barracão,
pertença à sociedade
ou ande de pé no chão.

Pouco importa ter nascido
 num país de distinção
 ou numa terra esquecida,
 sem nenhuma projeção.

Seja qual for o sistema
 que governa sua nação.
 Quer seja de país livre
 ou país em sujeição.”

(Padre Jocy Rodrigues. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Petrópolis: Vozes, 1978 - Citado por BARROS (2005, p. 1063-1064)).

10. Conclusão

Não há como negar a necessidade de se implementar políticas públicas e privadas em prol das minorias sociais. As ações afirmativas, como instrumento de inclusão social, merecem tratamento especial no ordenamento jurídico, mormente quando visam ao resgate da dignidade humana. O princípio da igualdade, em sua dimensão material, não mais admite normas e princípios de caráter meramente proibitivo; precisa-se de ações positivas, pois a inércia das entidades públicas e privadas não contribui com o aperfeiçoamento moral, ético e social dos cidadãos. A reunião de esforços na execução de programas sociais, pelos poderes públicos e pela iniciativa privada, visando ao bem comum, representa um importante avanço sócio-democrático para todas as nações.

As ações afirmativas promovem a justiça compensatória e a justiça distributiva, como forma de equilibrar as desigualdades sociais, reparando as injustiças do passado ou as injustiças do presente. As discriminações negativas, ou proibidas, ainda que decorram de problema político-cultural arraigado na consciência do povo, devem ser extirpadas da sociedade e substituídas pelas discriminações positivas, ou permitidas. A igualdade de oportunidades não deve ficar restrita ao plano formal das normas jurídica; é necessário transcender para alcançar a todos, indistintamente, garantindo vantagens e benefícios de forma equânime, pois se presume que todos são iguais ao nascer, com direito à idêntica evolução social e cultural.

Os argumentos contrários às medidas afirmativas não encontram respaldo

nas normas e princípios constitucionais. O princípio da dignidade humana, insculpido na Constituição Federal, é um dos principais fundamentos da República Federativa do Brasil. Ademais, há expressa determinação constitucional, no art. 3º, para construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Sendo assim, os fins da jurisdição, previstos constitucionalmente, são destinados à promoção da justiça social. O resgate social das classes menos favorecidas é o objeto principal da ação afirmativa, de modo que tem caráter temporário, até corrigir as desigualdades, devendo ser cessada ou transformada quando houver mudança nos fatos, suficientes a justificar sua exclusão ou transformação.

Admite-se, contudo, discriminações legítimas, quando a necessidade do negócio exigir. Embora recente na história da humanidade, com início na década de 60, nos Estados Unidos da América, as medidas positivas têm sua fase embrionária no princípio da igualdade, com a visão Aristotélica, em “dar tratamento desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdade”.

11. Referências

- BARROS, A. M. de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.
- CERQUEIRA, T. T. P. L. de P. **Reserva de cotas para negros em Universidades: discriminação?** São Paulo: Juris Sintese IOB, jan./fev. 2006. 1 CD.
- FIORAVANTE, T. M.; MASSONI, T. de O. Ações afirmativas no direito do trabalho. **Revista LTr**, v. 69, n. 4, abr. 2005.
- GOMES, J. B. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2001.
- GUGEL, M. A. **Discriminação nas relações de trabalho**. Curitiba: Gênese, v. 14, n. 79, jul. 1999.
- LORENTS, L. N. **A luta do direito contra a discriminação no trabalho**. São Paulo: Juris Sintese IOB, jan.-fev. 2006. 1 CD.
- MELLO, M. A. de. **Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas**. Texto extraído da palestra proferida em 20 de novembro de 2001, no seminário “Discriminação e Sistema Legal Brasileiro”, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho. Curitiba: Direito e Sociedade, v. 1, n. 02, jul./dez. 2001.
- NERY JUNIOR, N. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- PAULA, J. L. M. de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**. Barueri: Manole, 2002.
- PINHO, L. de O. **Princípio da igualdade: investigação na perspectiva de gênero**. Porto Alegre: S.

A. Fabris, 2005.

ROCHA, C. L. A. *Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade Jurídica. Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 15, Malheiros, 1996.

SILVA, A. V. **O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3479>>. Acesso: 21 abr. 2006.

VIANA, M. T.; RENAULT, L. O. L. **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000.

AFFIRMATIVE ACTIONS: THE SOCIAL INCLUSION OF THE MINORITIES

ABSTRACT: The objective of this work is to reaffirm the need of an affirmative action implementation – through both public and private politics - towards the beginning of a material equality. As a skilled instrument for the social inclusion of the juridical minorities, it recovers human dignity, and neutralizes the effects of discrimination. It seeks, still, to demonstrate that affirmative actions find help in the federal Constitution, with foundation in both compensatory justice and distributive justice, either to correct mistakes of the past or injustices of the present; to approach the constitutionality of the measures, the possibility of legitimate discriminations, as well as the opposite and favorable arguments regarding positive discriminations; to expose relevant historical aspects concerning the evolution of affirmative actions and the beginning of equality; to synthesize the importance of the isonomic treatment in the promotion of social justice, without origin, race, gender, color, age prejudices, and any other ways of discrimination.

KEYWORDS: Affirmative action. Beginning of equality. Social inclusion.

Artigo recebido para publicação: 30/04/2006

Received for publication on April 30 2006

Artigo aceito para publicação: 26/05/2006

Accepted for publication on May 26 2006