

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**

MARCELLE CRISTINE LUDGERO FERREIRA

AÇÃO AFIRMATIVA E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

**GUARAPARI - ES
2019**

**MARCELLE CRISTINE LUDGERO FERREIRA
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**

AÇÃO AFIRMATIVA E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito das
Faculdades Doctum de Guarapari,
como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. M.a Mariana Mutiz de
Sá**

**GUARAPARI - ES
2019**

FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: Ação afirmativa e transformação social, elaborado pela aluna Marcelle Cristine Ludgero Ferreira, foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceito pelo curso de Direito das Faculdades Doctum de Guarapari, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Guarapari, ____ de _____ 2019.

Prof. M.a Mariana Mutiz de Sá
Faculdades Doctum de Guarapari
Orientador

Prof. Kélvia Faria Ferreira
Faculdades Doctum de Guarapari

Prof. Antônio Ricardo Zany
Faculdades Doctum de Guarapari

AÇÃO AFIRMATIVA E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

Marcelle Cristine Ludgero Ferreira¹

Prof. M.a Mariana Mutiz de Sá²

RESUMO

Considerando que processos históricos de discriminação contra determinados grupos enraizaram o preconceito de modo generalizado nas sociedades, o presente estudo tem por objetivo investigar o instituto das ações afirmativas, com foco em sua aptidão para fomentar a transformação social, promovendo a igualdade através da reavaliação positiva de identidades discriminadas e na valorização da diversidade. A partir de levantamento histórico e doutrinário, analisou-se a origem do princípio da igualdade como direito fundamental, além de sua capacidade para autorizar a discriminação positiva com fins de promoção social, uma vez observados os pressupostos constitucionais. Desse modo, atingiu-se a compreensão de que as ações afirmativas, antes de acirrar hostilidades já presentes na sociedade ao privilegiar certos grupos em detrimento de outros, objetiva combater a consciência de raça que obstar a igualdade, agindo contra ideais equivocados e injustificáveis de superioridade que certos indivíduos e grupos sociais nutrem em relação a outros.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Princípio da igualdade; Ação afirmativa; Discriminação.

¹ Graduanda em direito. E-mail: marcelle.ludgero@hotmail.com

² Mestra em direito. E-mail: marymutiz@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 5º, caput, sobre o princípio da igualdade, garantindo a todos tratamento isonômico pela lei. Além de vedar diferenciações arbitrárias, esse princípio tem o condão de mitigar diferenças, pressupondo igualdade de tratamento aos iguais e desigualdade aos desiguais, na medida de sua desigualdade.

Esse raciocínio é o que justifica a chamada “discriminação positiva”, processo pelo qual grupos minoritários ou que historicamente tenham sofrido discriminação são favorecidos por políticas que os beneficiam temporariamente, a fim de tornar a sociedade mais igualitária no longo prazo.

O estudo apresenta como problema averiguar a vocação das ações afirmativas para fomentar a transformação da sociedade, pretendendo identificar a igualdade como um direito humano fundamental e investigar os desdobramentos desse princípio que justifiquem a adoção de ações afirmativas, bem como evidenciar os efeitos desses programas para o reconhecimento de identidades discriminadas e valorização da diversidade. Para a consecução desses objetivos, emprega-se uma metodologia baseada na pesquisa bibliográfica, com a apresentação de posições de doutrinadores que equacionam o problema.

Embora a igualdade seja uma conquista antiga, esse direito e mesmo o acesso a ele por diversos grupos sociais não permanece estático, razão pela qual ainda vemos indivíduos perseguindo-o e a importância de se demonstrar que as ações afirmativas, antes de fragmentar a sociedade, não visa outro fim senão a igualdade material prevista na própria Constituição Federal.

A pesquisa inicia-se com a apresentação das transformações sofridas pelo princípio da igualdade ao longo do tempo, situando-o como parte dos direitos humanos fundamentais. O segundo capítulo analisa esse princípio em seus aspectos formal e material, bem como a possibilidade da Constituição Federal autorizar a discriminação positiva. Finalmente, o terceiro capítulo trata das ações afirmativas, considerando suas principais características e efeitos.

2 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As transformações pelas quais passa a sociedade frequentemente importa em implicações na esfera jurídica, haja vista a necessidade de se resguardar os direitos conquistados pelos movimentos sociais mediante leis positivadas, necessidade essa que fez surgir o próprio constitucionalismo.

Neste capítulo discute-se a incorporação dos direitos humanos nas constituições dos países, sua importância para uma vida digna e o esforço observado na comunidade internacional no sentido de disseminá-los e protegê-los. Abordam-se tais questões a partir de uma perspectiva histórica, tendo em vista as três primeiras dimensões de direitos fundamentais.

2.1 Conceito e evolução dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais guardam estreita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo aqueles que o legislador constitucional achou por bem conferir posição ímpar dentro do ordenamento jurídico de um país.

Na acepção de Dimoulis Dimitri e Leonardo Martins (2007, p. 53), são:

[...] direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Segundo Paulo Bonavides (2012, p. 579), tais direitos receberam da Constituição um elevado grau de proteção. Desse forma, não são passíveis de alterações ou, sendo a mudança possível, deverá obedecer ao rito da emenda constitucional.

Os direitos fundamentais não nasceram na Antiguidade, mas pode-se afirmar que sofreram influência da religião e filosofia, ao fortalecerem a ideia de que todos os homens carregam consigo certos direitos inerentes à sua condição humana, que adquirem com o nascimento e não são passíveis de renúncia ou alienação. Essa concepção doutrinária, formulada pela escola jusnaturalista, marcou um período muitas vezes referido por "pré-história" dos direitos fundamentais.

A este respeito, assim preleciona Alexandre de Moraes (2008, p.19):

A noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que tão-somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular.

No que concerne a positivação de direitos humanos em sentido antigo, é na idade-média que surge a mais destacada declaração de direitos, a *Magna Charta Libertatum*, outorgada no ano de 1215 pelo rei João Sem Terra da Inglaterra, pressionado por seu baronato e o clero.

O sentido inovador do documento consistiu, justamente, no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres – a nobreza e o clero – existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele (COMPARATO, 2008, p. 80).

Este documento previa uma série de direitos, como a proteção contra prisão ilegal, o devido processo legal e a promoção dos direitos de liberdade para os homens, especialmente para os barões.

Ainda na Inglaterra, sucedeu à Magna Carta a Petição de Direitos (*Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679) e a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*, 1688), que estabeleceu no país a monarquia constitucional (COMPARATO, 2008, p. 81-83).

Porém, é com as Revoluções Liberais do século XVIII que nascem os direitos fundamentais como modernamente os entendemos.

Segundo Norberto Bobbio (2002, p. 24), a afirmação constitucional dos direitos humanos deu-se com a criação do Estado Moderno. Com o fim do absolutismo monárquico e a ascensão da burguesia, a relação Estado/povo passou a ser encarada de forma diversa, deixando o homem de ser mero súdito para tornar-se cidadão.

Considera-se a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (1776) a primeira em sentido moderno, posto que, além de positivizar direitos naturais,

estruturava o governo de forma democrática, submetendo os governantes à vontade do povo.

Em repúdio aos privilégios de que gozavam o clero e a nobreza, essa Declaração afirmava a igualdade de todos os homens unicamente por sua natureza, independente de quaisquer outros atributos pessoais.

Em 26 de agosto de 1789, na França, a Assembleia Nacional Constituinte aprovou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, definindo como universais direitos como a igualdade, liberdade, propriedade, além de outras garantias comumente reproduzidas nas constituições que se seguiram, tanto na França quanto alhures.

2.2 Direitos fundamentais de primeira dimensão

Os direitos fundamentais comumente são divididos em três diferentes dimensões (ou gerações), com base no lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Segundo Santiago Willis (1997, p.13), atualmente tem-se preferido utilizar o termo "dimensão" em lugar de "geração", por acreditar que este último transmite uma ideia de exclusão, como se cada geração substituísse a anterior. O termo "dimensão", por sua vez, carregaria uma ideia de processo evolutivo, não hierárquico, em que cada novo conjunto de direitos se somaria aos anteriores, complementando-os.

Como ensina Vladimir Brega Filho (2002, p. 22), dentre os direitos fundamentais de primeira dimensão estariam os direitos tradicionais relacionados ao indivíduo, como igualdade, intimidade, honra, vida e propriedade, além de outros, como manifestação, expressão, imprensa e participação política.

São direitos negativos, pois não visam prestações por parte do Estado, mas sim que este se abstenha de invadir a esfera privada dos indivíduos. Tratam-se, portanto, de obrigações de não fazer.

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (BONAVIDES, 2008, p. 563-564).

Esses direitos surgem em um contexto de criação de constituições formais, tripartição dos poderes e soberania popular, pelo que se constata uma forte relação entre a democracia e os direitos fundamentais.

2.3 Direitos fundamentais de segunda dimensão

A segunda dimensão de direitos fundamentais surge atrelada aos ideais do Estado Social, que tem por objetivo garantir aos indivíduos melhores condições de vida.

Conforme Bonavides (2006, p. 564), os direitos de segunda dimensão são os direitos "sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades".

Consoante leciona Ingo Wolfgang Sarlet (1998, p. 49-50):

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.

Tendo em vista a extrema desigualdade econômica e cultural criada pelo liberalismo, as reivindicações por justiça social, principalmente por parte dos operários explorados nas fábricas, chocaram-se de modo inexorável com a estrutura do Estado burguês.

Enquanto os direitos de primeira dimensão, fundados em um ideal de liberdade, demandam prestações negativas do Estado para serem implementados, os direitos de segunda dimensão se concretizam através de Políticas Públicas, cujo objetivo é garantir a efetiva igualdade entre os indivíduos mediante o apoio a grupos desfavorecidos.

2.4 Direitos fundamentais de terceira dimensão

Os direitos fundamentais de terceira dimensão relacionam-se à fraternidade, anteriormente proclamada no lema da Revolução Francesa, de modo que não

incidem sobre o homem individualmente ou um seguimento social específico. Ao contrário, abarcam todas as sociedades, de todos os países. Ou seja, têm por destinatário todo o gênero humano.

Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais (SARLET, 2010, p. 48-49).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a Liga das Nações foi dissolvida para dar lugar a ONU, esta com escopo muito mais abrangente, não se limitando a zelar pela paz mundial, mas também promover os direitos humanos, o desenvolvimento social e econômico, proteger o meio ambiente e fornecer ajuda humanitária em casos de conflito armado, desastre e fome.

No que tange a promoção dos direitos humanos, a ONU aprovou em 10 de dezembro de 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que influenciou tratados internacionais e constituições elaboradas em sua sequência.

A julgar por tudo o que se apresentou até aqui, não restam dúvidas de que as dimensões de direitos fundamentais se originam nas transformações pelas quais passam as sociedades, revelando as necessidades mais prementes dos homens, imprescindíveis a uma vida com dignidade.

3 ASPECTOS DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A igualdade é dos mais importantes princípios constitucionais, originado da necessidade de se colocar o indivíduo a salvo de toda tentativa de utilização arbitrária da ordem jurídica em seu desfavor.

Os principais aspectos desse princípio são analisados neste capítulo, enfatizando sua capacidade de justificar o tratamento desigual para pessoas que

estão em situação de desigualdade, que é fundamento para a adoção de programas afirmativos.

3.1 Igualdade formal

Promulgada em 5 de outubro de 1988, a constituição que atualmente vigora no Brasil prevê o princípio da igualdade em seu art. 5º, o qual dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (BRASIL, 1988).

A igualdade formal é a que prescreve, de maneira abstrata e geral, que todos os indivíduos devem receber tratamento igual do Estado e se submeterem às mesmas regras.

[a igualdade formal] tem como objetivo vedar ao Estado todo o tipo de tratamento discriminatório negativo, isso é, proibir todos os atos judiciais, administrativos ou normativos do Poder Público que tenham como objetivo a privação das liberdades públicas fundamentais do cidadão com base em critérios tais como a religião, o sexo, a raça, ou a classe social (RODRIGUES, 2007, p. 17).

Amplamente reconhecida pela fórmula contida no *caput* do art. 5º da CF/88, “todos são iguais perante a lei”, a igualdade formal é princípio comumente encontrado em declarações de direitos e constituições dos países.

Segundo ensinamento de Norberto Bobbio (2002, p. 23):

Decerto, uma das máximas políticas mais carregadas de significado emotivo é a que proclama a igualdade de todos os homens, cuja formulação mais corrente é a seguinte: todos os homens são (ou nascem) iguais. Esta máxima aparece e reaparece no amplo arco de todo o pensamento político ocidental, dos estóicos ao cristianismo primitivo, para renascer com novo vigor durante a Reforma, assumir dignidade filosófica em Rousseau e nos socialistas utópicos e ser expressa em forma de regra jurídica propriamente dita nas declarações de direitos, desde o fim do século XVIII até hoje.

Constata-se, porém, que a igualdade formal não é capaz, por si só, de fazer com que todos os cidadãos gozem dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. De fato, o tratamento rigorosamente igual por parte do Estado pode mesmo resultar em injustiças contra os menos favorecidos, pelo quê faz-se necessário que as políticas públicas estejam voltadas para a busca da igualdade material entre os indivíduos.

3.2 Igualdade material

Como dito acima, nem sempre o Estado agirá com justiça ao dispensar tratamento igual a todos os indivíduos, deixando de considerar as particularidades de cada um. A igualdade material, também conhecida por substantiva ou real, persegue a isonomia sem negar as diferenças entre os indivíduos.

O direito à igualdade é o direito que todos têm de ser tratados igualmente na medida em que se igualem e desigualmente na medida em que se desigualem, quer perante a ordem jurídica (igualdade formal), quer perante a oportunidade de acesso aos bens da vida (igualdade material), pois todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 636).

Sobre a evolução do princípio da igualdade, Osvaldo Canela Júnior (2011, p. 51) assegura que:

[...] no Estado social, conquanto o direito à liberdade tenha permanecido íntegro, a relevância do direito à igualdade foi substancialmente acentuada, de tal sorte que o seu conceito passou a ter um sentido material, e não mais meramente formal. A garantia de igualdade no Estado social demanda, pois, atuação positiva, com a finalidade de reduzir as desigualdades socioeconômicas, mediante a distribuição equitativa de recursos.

Portanto, a Constituição Federal, ao mesmo tempo em que pretende alcançar tratamento igual para aqueles que se encontram em situação de igualdade, não exclui o tratamento desigual a aqueles que estão em situação de desigualdade.

Dissertando sobre este tema, Alexandre de Moraes (2008, p. 32) expõe que:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de

possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenças arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio direito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.

Ressalta-se, a vedação constitucional se aplica unicamente as discriminações absurdas. As diferenciações razoáveis, por outro lado, são tidas como necessárias ao estabelecimento de uma concreta equiparação entre os indivíduos, de modo a reduzir as desigualdades sociais.

3.3 Discriminação negativa e positiva

Nos termos da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965, em vigor no Brasil desde 04 de janeiro de 1969, a discriminação negativa é definida como:

[...] qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública (BRASIL, 1969).

Segundo George Marmelstein (2011, p. 84), a discriminação negativa é a discriminação "para o mal, que desrespeita o outro, que prejudica por preconceito, que retira vantagens sem motivos plausíveis, que desconsidera o próximo pela simples vontade de menosprezar".

Já a discriminação positiva está prevista no artigo 1º, item 4 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, nos seguintes termos:

Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção

que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos (BRASIL, 1969).

Para George Marmelstein (2011, p.84), trata-se de um tipo de discriminação voltada para "o bem, que procura ajudar o semelhante, tratando-o desigualmente para dar-lhe iguais oportunidades, pensando em melhorar as condições de vida daquele que precisa de auxílio"

O referido autor cita como exemplos a reserva de vagas em universidades e concursos públicos para determinados grupos historicamente discriminados.

3.4 Princípio da proporcionalidade

Ao mesmo tempo em que está impedido de discriminar arbitrariamente, o Estado deve adotar medidas compensatórias para permitir que grupos socialmente desfavorecidos possam concorrer em igualdade de condições com os demais cidadãos. Contudo, qualquer restrição legalmente fixada deve ser devidamente justificada.

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos (MORAES, 2008, p. 32).

A fim de avaliar se uma lei que diferencia indivíduos é ou não compatível com o princípio da igualdade, a doutrina faz uso do princípio da proporcionalidade, desdobrando-se este em três subprincípios: adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade *stricto sensu*.

Estando em conformidade com esses três subprincípios, a distinção de tratamento não será motivada por preconceito, nem constituirá discriminação negativa.

4 EFEITOS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

As ações afirmativas nasceram como uma ferramenta de transformação social, buscando estabelecer real igualdade entre os diversos grupos que integram uma comunidade.

Neste capítulo são abordadas as características definidoras deste instituto, bem como sua capacidade para fomentar a transformação social através do combate a ideias arraigadas de superioridade injustificadas que alguns indivíduos e grupos possam nutrir em relação a outros.

4.1 Conceito de ação afirmativa

Ações afirmativas são mecanismos de políticas públicas, que têm por objetivo tanto a concretização do princípio constitucional da igualdade material quanto a eliminação de preconceitos que ainda permeiam a sociedade.

Segundo Roberta Fragoso Kaufmann (2007, p. 220), este instituto pode ser conceituado como:

[...] um instrumento temporário de política social, praticado por entidades privadas ou pelo governo, nos diferentes poderes e nos diversos níveis, por meio do qual se visa a integrar certo grupo de pessoas à sociedade, objetivando aumentar a participação desses indivíduos sub-representados em determinadas esferas, nas quais tradicionalmente permaneceriam alijados por razões de raça, sexo, etnia, deficiências física e mental ou classe social.

Tais políticas visam principalmente grupos minoritários, que historicamente são alvos de toda sorte de preconceitos, como por raça, gênero, orientação sexual, origem nacional etc.

Todavia, a expressão “minoria” não deve ser tomada em sentido quantitativo, mas como uma forma de qualificar grupos historicamente desprivilegiados, que

detêm menor poder na sociedade, e, por consequência, uma menor gama de direitos assegurados de forma efetiva.

Sobre a evolução do instituto em comento, Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 134) ensina que:

Inicialmente, as Ações Afirmativas se definiam como um mero "encorajamento" por parte do Estado para que as pessoas com poder decisório nas áreas pública e privada levassem em consideração, nas suas decisões relativas a temas sensíveis como o acesso à educação e ao mercado de trabalho, fatores até então tidos como formalmente irrelevantes pela grande maioria dos responsáveis políticos e empresariais, quais sejam, a raça, a cor, o sexo e a origem nacional das pessoas. Tal encorajamento tinha por meta, tanto quanto possível, ver concretizado o ideal de que tanto as escolas quanto as empresas refletissem em sua composição a representação de cada grupo na sociedade ou no respectivo mercado de trabalho. Num segundo momento, talvez em decorrência da constatação da ineficácia dos procedimentos clássicos de combate à discriminação, deu-se início a um processo de alteração conceitual do instituto, que passou a ser associado à idéia, mais ousada, de realização da igualdade de oportunidades por meio da imposição de cotas rígidas de acesso de representantes de minorias a determinados setores do mercado de trabalho e a instituições educacionais.

Cumpra esclarecer, ainda que "política de cotas" e "ação afirmativa" sejam comumente tomados por sinônimos, estes termos não se confundem, sendo o primeiro deles apenas um instrumento do segundo.

De fato, as ações afirmativas não são implementadas unicamente através de cotas, mas também mediante incentivos fiscais, concessão de bônus, estabelecimento de metas etc.

4.2 Caráter temporário das ações afirmativas

Uma importante característica das ações afirmativas é seu caráter transitório, isto é, não deve subsistir a situação fática que lhe deu ensejo. Assim, restabelecido o equilíbrio pretendido entre os diversos grupos que formam uma sociedade, tal política deve ser abolida.

Sobre a legitimidade no tempo das ações afirmativas, o Ministro do STF Ricardo Lewandowski assim se pronunciou no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, que discutia a instituição da política de cotas raciais da Universidade de Brasília (UnB):

[...] as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se em benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos (BRASIL, 2012).

Nesse mesmo sentido dispõe o art. 4º, inciso I, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), assinada e ratificada pelo Brasil.

A adoção pelos Estados-partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados (BRASIL, 2002).

Portanto, o caráter temporário das ações afirmativas está em consonância com o princípio da igualdade, haja vista que elas não devem, uma vez alcançado seus objetivos, preservar direitos desiguais.

4.3 Justificativa

São duas as teorias que os defensores das ações afirmativas mais comumente recorrem para embasá-las: a da Justiça Compensatória e da Justiça Distributiva.

Segundo a teoria da Justiça Compensatória, grupos historicamente discriminados continuariam a suportar o ônus da marginalização passada, sendo justo que as sociedades atuais compensem, por exemplo, os negros pelas injustiças sofridas durante a escravidão e as decorrentes desta.

Nesse sentido preleciona Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 62):

Ao adotarem os programas de preferência em prol de certos grupos sociais historicamente marginalizados, [as] sociedades estariam promovendo, no presente uma reparação ou compensação pela injustiça cometida no passado aos antepassados das pessoas pertencentes a esses grupos sociais. Tal reparação se justificaria na medida em que o processo de marginalização social tem uma inegável inclinação perenizante. O preconceito e a discriminação oficial ou social de que foram vítimas as gerações futuras, constituindo-se em um insuportável e injusto ônus social, econômico e cultural a ser carregado, no presente, por essas novas gerações.

Dessa forma, a justiça compensatória "cuidaria de restaurar um equilíbrio que existia entre essas duas partes antes do envolvimento voluntário ou involuntário delas em uma transação que resultou em ganho para o violador e perda para a vítima" (GOMES, 2001, p. 62).

A teoria da justiça distributiva, por sua vez, fundamenta-se na crença de que o Estado deve promover a redistribuição igualitária de direitos, vantagens, riquezas etc a todos os grupos que compõem a sociedade.

Sendo assim, a instituição de ações afirmativas teria por objetivo outorgar a grupos marginalizados, de forma equitativa e proporcional, aquilo que normalmente obteriam por seus próprios esforços, não fossem os obstáculos originados pela discriminação (GOMES, 2001, p. 67-68).

O Estado age de forma interventiva para poder garantir a efetivação do princípio da igualdade, porque, se nada for feito, as barreiras impostas pelo preconceito e pela discriminação dificilmente permitiriam a igualdade de acesso às melhores chances de emprego e de educação às minorias. Quando o Estado atua para poder restaurar o equilíbrio social – que não precisaria ser restaurado se na sociedade inexistissem preconceito e discriminação – não se poderia falar, em tese, de ofensa ao princípio da igual proteção segundo as leis (KAUFMANN, 2007, p. 225).

Não é razoável, portanto, que certos grupos sociais encontrem barreiras artificiais ao seu crescimento, ocupando sempre posições de menor prestígio na hierarquia social em função de preconceitos. Justo por isso essa teoria reconhece o direito de minorias discriminadas reivindicarem vantagens às quais teriam naturalmente acesso caso vivessem em condições sociais de efetiva justiça.

4.4 Reconhecimento de identidades

Conforme explanação acima, as ações afirmativas buscam alcançar, em um primeiro momento, o aumento do número de profissionais pertencentes a minorias socialmente discriminadas nas mais diversas áreas em que enfrentam dificuldades de acesso.

Um efeito esperado da partilha equânime de postos de trabalho entre todos os grupos sociais é de que os membros mais jovens das minorias, ao verem-se representados nas posições de maior prestígio, se convenceriam da possibilidade de que eles próprios poderiam ascender socialmente.

Não é verdade, porém, que os programas afirmativos tenham por objetivo fazer com que indivíduos pensem ter direitos, como membros de determinados grupos, a oportunidades proporcionais ao tamanho deste, haja vista que a ideia arraigada de diferenças é um importante fator desestabilizador na sociedade.

Tal como preleciona Flávia Piovesan (2008, online):

Testemunha a história que as mais graves violações aos direitos humanos tiveram como fundamento a dicotomia do "eu versus o outro", em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos. Vale dizer, a diferença era visibilizada para conceber o "outro" como um ser menor em dignidade e direitos, ou, em situações limites, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável, objeto de compra e venda (vide a escravidão) ou de campos de extermínio (vide o nazismo). Nesse sentido, merecem destaque as violações da escravidão, do nazismo, do sexismo, do racismo, da homofobia, da xenofobia e outras práticas de intolerância.

O pensamento equivocado de que os indivíduos teriam benefícios especiais unicamente por pertencer a determinado grupo é uma fonte de tensão no debate em torno das ações afirmativas, devido ao temor de que elas, ao privilegiar certos grupos étnicos sobre outros, acirraria as hostilidades raciais já presentes na sociedade.

Com efeito, os programas de ação afirmativa usam a raça como critério por quê almejam, no curto prazo, fazer com que as minorias possam ascender a determinadas posições atualmente dominadas por brancos. Seu objetivo final, porém, é incidir sobre a consciência de raça que permeia a sociedade.

Nesse mesmo sentido se manifestou o Min. Ricardo Lewandowski:

[...] os programas de ação afirmativa tomam como ponto de partida a consciência de raça existente nas sociedades com o escopo final de eliminá-la. Em outras palavras, a finalidade última desses programas é colocar um fim àquilo que foi seu termo inicial, ou seja, o sentimento subjetivo de pertencer a determinada raça ou de sofrer discriminação por integrá-la (BRASIL, 2012).

Por conseguinte, supor que os programas de ação afirmativa visam produzir um país fragmentado, dividido em subnações raciais e étnicas, é uma grave incompreensão. Seu objetivo final não é aumentar a importância que a raça tem na vida social e profissional das pessoas, mas sim diminuir.

Justo por isso o combate a preconceitos e estereótipos não é o bastante, é preciso promover, ao mesmo tempo, redistribuição de benefícios e reconhecimento de identidades.

Ressalta-se, assim, o caráter bidimensional da justiça: redistribuição somada ao reconhecimento. O direito à redistribuição requer medidas de enfrentamento da injustiça econômica, da marginalização e da desigualdade econômica, por meio da transformação nas estruturas sócio-econômicas e da adoção de uma política de redistribuição. De igual modo, o direito ao reconhecimento requer medidas de enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e da adoção de uma política de reconhecimento. É à luz dessa política de reconhecimento que se pretende avançar na reavaliação positiva de identidades discriminadas, negadas e desrespeitadas; na desconstrução de estereótipos e preconceitos; e na valorização da diversidade cultural (PIOVESAN, 2008, online).

Assim, as ações afirmativas não se prestam apenas a aliviar a carga de um passado discriminatório, mas também criar uma nova realidade através do fomento da transformação social.

A igualdade orientada por critérios de raça, etnia, gênero, orientação sexual, idade etc, visa uma transformação cultural da sociedade através da reavaliação positiva de identidades discriminadas e na valorização da diversidade (PIOVESAN, 2008, online).

As ações afirmativas não têm como função unicamente a redistribuição de benefícios às minorias vítimas da discriminação, nem tão pouco possuem como efeito o agravamento de hostilidades entre os diversos grupos que compõem uma sociedade. Ao contrário, pretendem promover a aproximação desses grupos através do reconhecimento e valorização da diversidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista a persistente marginalização de grupos minoritários nas sociedades modernas, este trabalho buscou analisar aspectos do princípio da igualdade e o potencial transformador das ações afirmativas.

O direito à igualdade ganhou máxima expressão no confronto com o modelo de Estado absolutista. Após consagração pelas revoluções liberais do século XVIII, o conceito de igualdade foi ampliado com o advento da segunda dimensão de direitos fundamentais, momento em que o Estado tomou para si a responsabilidade de suprir as necessidades básicas da sociedade através de políticas públicas. Nesse contexto, a igualdade passou a ser vista por um novo prisma, em observância às peculiaridades de cada indivíduo.

A fim de alcançar a igualdade material, a atual Constituição brasileira autoriza a adoção de programas de ação afirmativa, desde que estas não resultem em discriminação negativa.

Enquanto o combate à todas as formas de discriminação, unicamente através de medidas de cunho repressivo-punitivo, provou-se incapaz de eliminar preconceitos, as políticas de inclusão por meio de ações afirmativas possuem o condão de fomentar uma mudança de ordem cultural na sociedade, desconstruindo a ideia obstinada de superioridade de certos grupos sobre outros, ao mesmo tempo em que promove a igualdade real.

Desta forma, concluiu-se que os programas de ação afirmativa têm por objetivo final não a "racialização" da sociedade, dividindo-se os melhores cargos conforme o tamanho proporcional de cada grupo, ao risco de, com isso, acirrar ainda mais as hostilizadas já presentes na sociedade. Ao contrário, o que se busca é a total integração dos grupos marginalizados, através da reavaliação positiva de identidades discriminadas e na valorização da diversidade, de modo que todos passem a senti-se como membros unicamente da raça humana e deixem de usar diferenças subjetivas como motivo para a discriminação.

AFFIRMATIVE ACTION AND SOCIAL TRANSFORMATION

Marcelle Cristine Ludgero Ferreira
Prof. M.a Mariana Mutiz de Sá

ABSTRACT

Considering that historical processes of discrimination against certain groups have rooted prejudice extensively in all societies, the present study aims to investigate the establishment of affirmative action, with focus on their ability to instigate social transformation, promoting equality through the positive reassessment of discriminated identities and valuing diversity. From a historical and doctrinal research, the study of the origin of the principle of equality as a fundamental right was carried out, as well as its capacity to allow positive discrimination for social promotion gains, once all the constitutional presuppositions have been observed. Thus, the understanding reached, that affirmative actions, instead of increasing hostilities already present in society that benefit certain groups over others, aim to repudiate any racial consciousness that stands in the way of equality, taking action against wrong and unjustifiable ideals of superiority that certain individuals and social groups foster towards others.

Key-words: Fundamental rights; Principle of equality; Affirmative action; Discrimination.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 5.ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Decreto nº 4.316 de 30 de julho de 2002. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4316.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

_____. Decreto nº 65.810 de 8 de dezembro de 1969. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html>. Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186MMA.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2019.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. 1.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**: O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações Afirmativas à brasileira**: necessidade ou mito? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: Desafios e perspectivas. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 16, n. 3, p. 887-896, setembro-dezembro/2008. (Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000300010&lang=pt>. Acesso em: 07 mar. 2019.

RODRIGUES, Jorge Arthur Moojen. **Políticas públicas afirmativas e o princípio da igualdade em face do preconceito e da discriminação no Brasil**. São Paulo: Comunnicar, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

WILLIS, Santiago Guerra Filho. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997.