

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**AÇÕES AFIRMATIVAS E O INGRESSO DAS MULHERES NOS
TRIBUNAIS SUPERIORES**

Juliana Freire de Almeida

Presidente Prudente/SP
2005

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**AÇÕES AFIRMATIVAS E O INGRESSO DAS MULHERES NOS
TRIBUNAIS SUPERIORES**

Juliana Freire de Almeida

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Sérgio Augusto Frederico.

Presidente Prudente/SP
2005

AÇÕES AFIRMATIVAS E O INGRESSO DAS MULHERES NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito

Sérgio Augusto Frederico
Orientador

Marco Antônio Madrid
Examinador

Silas Silva Santos
Examinador

Presidente Prudente/SP, 23 de novembro de 2005.

Dedico o presente trabalho à minha mãe,
Gedalva Freire de Almeida, mulher corajosa e
firme, de personalidade forte, que sempre lutou
com unhas e dentes contra as adversidades da
vida, que nunca lhe foi generosa. Sozinha, com
grandes sacrifícios e renúncias, trabalhando
muito, alcançou o que sempre perseguia;
educar os filhos, única riqueza que, no seu
entendimento, lhes poderia legar. Conseguiu!
Obrigado.

Não duvidemos jamais que um pequeno grupo
de cidadãos e cidadãos atento e comprometido
possa mudar o mundo; na verdade, essa é a
única coisa que sempre mudou o mundo.

Flávia Piovesan

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a DEUS, por sempre me dar forças para superar os obstáculos e alcançar meus objetivos.

À memória de meu pai Manoel Antunes de Almeida. Saudades.

A minha irmã Gislene Freire de Almeida, que depois de nossa mãe é o meu segundo exemplo de vida. Ao meu irmão Leandro Freire de Almeida, que não me restam dúvidas quanto ao brilhante caminho que irá trilhar.

Ao meu orientador, Sérgio Augusto Frederico, sou extremamente grata. Foram os seus preciosos ensinamentos, nas aulas de Estágio Supervisionado Civil, que definitivamente me seduziram e incentivaram ao início da pesquisa jurídica.

A Marco Antônio Madrid e Silas Silva Santos que aceitaram compor a minha banca examinadora.

Não poderia deixar de tecer agradecimentos aos amigos, pelo suporte emocional e, principalmente afetivo. Em especial a Danielle, Fernanda, José Mauro, Katherine e Sueli pela amizade sem igual.

RESUMO

O presente trabalho demonstrou que existe um velado preconceito em relação as mulheres quanto ao seu ingresso nos Tribunais Superiores e como esses Tribunais tem sido ocupado majoritariamente por homens. Além disso, tratou da evolução e contribuição do direito norte-americano na origem das ações afirmativas. Especificamente no direito brasileiro, provou a existência de vários dispositivos constitucionais que autorizam a ação afirmativa, além de especificar algumas políticas de ação afirmativa que já foram aplicadas no Brasil. A autora ainda fez algumas explicações sobre a desigualdade existente entre homens e mulheres, indicou os fatores que a influenciam e ainda fez um breve comentário sobre como o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia e dos Estados Unidos têm julgado as diferentes matérias no tocante as desigualdades entre homens e mulheres e seu entendimento neste assunto em relação as ações afirmativas. Por fim, analisou a forma que as mulheres começaram a ter maior representatividade em cargos decisórios, com destaque primeiramente na política, e ainda explicou o porquê da presença ínfima das mulheres nos Tribunais Superiores e propôs uma mudança na forma de ingresso nesses Tribunais de cúpula.

Palavras-chave: Ação afirmativa. Princípio da Igualdade. Mulheres. Tribunais Superiores. Sistema de cotas.

ABSTRACT

The present work demonstrated that one exists guarded preconception in relation the women how much to its ingression in the Superior Courts and as these Courts he has been busy mainly for men. Moreover, it dealt with the evolution and contribution of the North American right in the origin of the affirmative actions. Specifically in the Brazilian right, it proved the existence of some devices constitutional that authorize the affirmative action, besides specifying some politics of affirmative action that already had been applied in Brazil. The author still made some explanations on the existing inequality between men and women, still indicated the factors that influence it and made a brief commentary on as the Court of Justice of the Européia Community and of the United States they have judged the different substances in moving the inequalities between men and women and its agreement in this subject in relation the affirmative actions. Finally, it analyzed the form that the women had started to have greater representation in power to decide positions, with prominence first in the politics, and still she explained the reason of the lowermost presence of the women in the Superior Courts and considered a change in the form of ingression in these Courts of cupola.

Keywords: Affirmative action. Principle of the equality. Women. Superior Courts. System of quotas.

SUMÁRIO

1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE	11
1.1 Evolução do princípio da igualdade nas Constituições Brasileira	11
1.2 Igualdade material e igualdade formal	12
1.3 Igualdade perante a lei e igualdade na lei.....	15
1.4 Destinatários do princípio constitucional da igualdade.....	15
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS.....	17
2.1 Antecedentes	17
2.2 Primeiras decisões sobre ação afirmativa na Suprema Corte Norte – Americana	21
2.2.1 Casos Griggs (1971) e DeFunis (1974).....	22
2.2.2 Caso Regents of the University of Califórnia v. Bakke	23
2.3 Considerações finais	25
3 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA AÇÃO AFIRMATIVA	27
3.1 Fundamentos constitucionais da ação afirmativa.....	27
3.2 Conceito	30
3.3 Objetivos	32
3.4 Condições jurídicas	33
3.4.1 Critérios.....	34
3.5 Modalidades.....	36
3.5.1 O problema das cotas e suas objeções	37
3.6 As políticas de ação afirmativa no Brasil.....	39
4 AÇÃO AFIRMATIVA E AS MULHERES NOS TRIBUNAIS	41
4.1 Considerações preliminares sobre a desigualdade entre homens e mulheres	41
4.2 A jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias sobre igualdade entre homens e mulheres	45
4.2.1 A jurisprudência sobre ações afirmativas na Comunidade Européia	46
4.2.2 Ação afirmativa e a proteção das mulheres na Suprema Corte Norte Americana	48
4.3 A mulher e a política	50
4.4 O ingresso das mulheres nos Tribunais Superiores.....	53
4.5 Sistema de cotas e constitucionalidade	57

5 CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	61
ANEXO	65

INTRODUÇÃO

As diferentes maneiras em que homens e mulheres se situam, agem e interagem, demonstra a extensão da desigualdade de gênero, tal qual ocorre com as mulheres quanto ao seu ingresso nos Tribunais Superiores quando passa pelo crivo subjetivo da nomeação.

As indagações que motivaram a pesquisa consistem em afirmar a desigualdade existente na presença feminina em cargos decisórios, especificamente no caso dos Tribunais, que viola o princípio constitucional da igualdade onde todos são iguais perante a lei e que se é proibido o preconceito por motivo de sexo.

Dessa forma, quer se saber o porque que o poder não está distribuído igualmente para o sexo feminino e quais os motivos da desigualdade homens e mulheres nas Instâncias Superiores.

A Constituição Federal de 1988 inscreve no *caput* do artigo 5º “que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza”, explicitando no inciso I que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. Logo, tem uma explicitação que favorece, sugere o surgimento de uma legislação infraconstitucional que incentiva a adoção de comportamentos isonômicos.

A história mostra o quanto as mulheres se manifestaram no campo da política para obter a sua emancipação, buscar o seu direito ao voto, além de lutar pela ampliação de seu espaço nela através do sistema de cotas, primeiro através da lei 9.100/95 que reservou 20% das candidaturas a serem preenchidas por mulheres, e depois a lei 9.504/97, que aumentou o percentual mínimo de candidatas para 30%.

Sendo assim, a ação afirmativa é uma medida que visa proteger as minorias da discriminação perpetrada no passado que ainda persiste em figurar no presente, como ocorre com a mulher na política e que se propõe adotar no Poder Judiciário.

Dessa forma, surge a possibilidade de se adotar medidas para mudar o quadro atual da participação das mulheres nos Tribunais Superiores, sendo que

fatalmente será questionado se essa medida é ou não constitucional, por criar privilégios para as mulheres.

Ao adentrar em tal discussão verificar-se-á a possibilidade da criação de mecanismos de ação afirmativa nesse campo, por ser essa medida ser justificável.

A pesquisa é exclusivamente bibliográfica, mas nem por isso deixa de estar em comunicação permanente com a realidade dos fatos.

O método de abordagem empregado no decorrer do trabalho é o dedutivo, pois, se procura compreender a discriminação que ocorre com a mulher à medida que é excluída dos Tribunais Superiores e sua relação com a violação ao princípio da igualdade, visando-se, contudo a possibilidade de mudança na forma de ingresso das mulheres nesses Tribunais para que não ocorra essa discriminação.

1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

1.1 Evolução do princípio da igualdade nas Constituições Brasileira

Historicamente, o princípio da igualdade surgiu, tão somente, como mecanismo de contenção dos privilégios da nobreza, nos regimes monárquicos e veio a ser reproduzido em praticamente todas as Constituições editadas após a Revolução Francesa.

O princípio da igualdade incorporou-se ao constitucionalismo brasileiro desde a Carta Imperial de 1824, que, no inciso XIII do artigo 179, estabelecia: “A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”.

Neste momento histórico, este princípio constitucional conviveu até mesmo com a escravidão, quando negros não eram considerados gente.

Com o advento da República, na Carta de 1891, previu-se que todos seriam iguais perante a lei, contudo os títulos e as arbitrariedades, ainda que não escritas foram mantidas a força.

Artigo 72, §2º. Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégio de nascimento, desconhece foros de nobreza, extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

A Constituição de 1934 mantém a igualdade perante lei e acrescenta outros elementos, demonstrando que existem questões de desigualdade recriminando-as: “Artigo 113, I. Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas”.

A inovação realizada na carta anterior foi excluída da Constituição de 1937, se contentando apenas a mencionar a igualdade perante a lei: “Artigo 122, 1. Todos são iguais perante a lei”.

E a Constituição de 1946 repetiu os mesmos dizeres da Carta de 1937: “Artigo 141, §1º. Todos são iguais perante a lei”.

Na Constituição de 1967, persistiu o preceito da igualdade perante a lei, houve um retorno parcial ao modelo de 1934, acrescentando a punição do preconceito de raça e vigorou com a seguinte redação: “Artigo 150, §1º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei”.

A Constituição de 1969 também previu que não seria aceito a discriminação: “Artigo 153, §1º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça”.

Enfim, na Constituição de 1988 previu-se que:

Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

O princípio da igualdade não fica restrito ao artigo 5º, *caput*, estando presente também em diversos artigos da Constituição, inclusive nos princípios contidos no preâmbulo, que são norteadores interpretativos para as normas constitucionais e das demais normas do ordenamento jurídico.

1.2 Igualdade material e igualdade formal

O princípio da igualdade pode ser focado sob dois pontos de vista distintos.

Numa primeira vertente a igualdade formal: “todos são iguais perante a lei”. Numa segunda vertente a igualdade material, equiparando todos perante os bens da vida.

O primeiro passo para a compreensão dos vários aspectos que envolvem o princípio da igualdade é a necessária distinção entre igualdade formal e igualdade material.

Em sua origem histórica, este princípio se vincula à primeira acepção de igualdade puramente formal.

A idéia de igualdade dos homens teve como precedente a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, embora já tenha sido conteúdo em um momento anterior na Declaração de Independência dos Estados Unidos em 1776.

Com a Revolução Francesa, principiando pela formação do Estado Liberal, este princípio foi largamente utilizado em praticamente todas as Constituições, pois surgiu como um mecanismo de contenção dos privilégios da nobreza, nos regimes monárquicos, isto porque antes a igualdade era vista como um ideal a ser alcançado por todos os homens.

No plano da igualdade formal o conteúdo jurídico do princípio da igualdade “serve à repressão de atos impróprios, mas não chega a inspirar ações a serem tomadas para aplacar as desigualdades sociais” (BRANCO, 2003, p.135), consiste na proibição de elaboração de leis que desigualasse os cidadãos ficando circunscrita ao significado estrito de não-discriminação.

Sob a visão formal não propugna pela adoção de um determinado comportamento concreto para a reversão de situações de desnível no gozo efetivo de bens e de direitos.

Perquirir-se, por exemplo, o elemento diferenciador gênero, que, por termos de preceito constitucional, seria, num primeiro momento, insuscetível de ser utilizado como fator de distinção jurídica entre as pessoas.

Se a proibição de tratamento diferenciado das pessoas de sexos distintos ocorresse de forma absoluta as normas que invocam uma equiparação compulsória seriam ociosas.

Na verdade, a relatividade desse princípio vem transcrita na própria Constituição, quando estabelece desequiparações entre pessoas, fundando-se, como citado, no elemento discriminatório gênero.

Observa-se, portanto, que o princípio em sua acepção jurídica formal revela um conteúdo negativo, qual seja, a obrigação de não discriminar, vedando o estabelecimento de desigualdades jurídicas.

Com o avanço dos movimentos em prol da diminuição das injustiças sociais, ocorreu a derrocada da concepção liberal clássica e a igualdade passou a ser vista sob outra ótica, ou seja, da igualdade material ou substancial.

A igualdade material postula o tratamento uniforme de todos os homens. Não é um tratamento perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida.

Sob o ângulo material deste princípio, admite sim a discriminação, desde que o discrimen seja empregado com a finalidade de promover a igualdade.

Foi introduzido nas Constituições sob a forma de normas programáticas, tendentes a planificar desequiparações muito acentuadas na fruição dos bens, quer materiais, quer imateriais.

Para Celso Ribeiro Bastos (1988, p.05) essa igualdade material nunca se realizou na sociedade em razão de diversos fatores:

Essa igualdade, contudo, a despeito da carga humanitária e idealista que traz consigo, até hoje nunca se realizou em qualquer sociedade humana. São muitos os fatores que obstaculizam a sua implementação: a natureza física do homem, ora débil, ora forte; a diversidade da estrutura psicológica humana, ora voltada para a dominação, ora para a submissão, sem falar nas próprias estruturas políticas e sociais, que na maior parte das vezes tendem a consolidar e até mesmo a exacerbar essas distinções, em vez de atenuá-las.

A igualdade material se manifestou no campo político-ideológico, e foi traduzida através do ideário comunista na vida das chamadas democracias populares, mas a procura da igualdade material não foi suficiente a eliminar desigualdades existentes na vida da sociedade sujeita a tal regime.

Ainda que a eficácia social de tais normas seja passível de críticas, persiste a finalidade de se construir, mediante a ordem estatal, vias de maior acesso à igualdade material, ou seja, o acesso de todo o povo a determinados bens fundamentais como a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a previdência e a assistência social.

A propósito, a dimensão positiva do princípio da igualdade no plano material encontra sustentação na Constituição Federal em diversas regras constitucionais, a citar o artigo 3º III e IV, 23, 37 VIII, 170 VII, 170 IX, 179, 227 II, que atribui ao Estado o dever de abolir a marginalização, as desigualdades, prestações positivas destinadas a promoção e integração dos segmentos

desfavorecidos e prescrever discriminação justa como forma de compensar a desigualdade de oportunidades.

1.3 Igualdade perante a lei e igualdade na lei

O Direito estrangeiro faz distinção entre o princípio da igualdade perante a lei e o da igualdade na lei. Nesse sentido, José Afonso da Silva (2002, p.214) faz a distinção:

É certo que no Direito estrangeiro, faz-se distinção entre o princípio da igualdade *perante* a lei e o da igualdade *na* lei. Aquele corresponde à obrigação de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos, na conformidade com o que elas estabelecem, mesmo se delas resultar uma discriminação, o que caracteriza a isonomia puramente formal, enquanto a igualdade na lei exige que, nas normas jurídicas, não haja distinções que não sejam autorizadas pela própria Constituição.

Em outras palavras, a igualdade perante a lei seria uma exigência feita a todas aqueles que aplicam as normas jurídicas gerais como àqueles que aplicam aos casos concretos.

Advirta-se, contudo, que é pacífico em nossa doutrina e jurisprudência que já firmaram a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá a expressão igualdade na lei, tendo o princípio como destinatário tanto o legislador como os aplicadores da lei.

1.4 Destinatários do princípio constitucional da igualdade

É certo que, pela finalidade a que se destina e pelas razões superiores que o inspiram, o princípio da igualdade jurídica, não é apenas endereçado ao aplicador das normas legislativas, mas é endereçado também, ao legislador.

O princípio da igualdade se estende a todos, aos que aplicam a lei e aos que elaboram a lei¹.

¹ O princípio da igualdade é norma obrigatória para o legislador, condição para que a lei futura não seja fulminada por inconstitucional, por contrariar o princípio da isonomia. Realmente seria

Celso Antonio Bandeira de Mello (1997, p.09) se inclina definitivamente no sentido de que:

O preceito magno da igualdade, como já tem sido analisado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas.

Caso o Poder Legislativo pudesse desconhecer o princípio da igualdade, este perderia por inteiro a sua significação.

Como consequência lógica as desigualdades teriam como nascedouro os atos administrativos e as sentenças, mas se multiplicariam a critério do órgão legiferante, pois pelo largo alcance dos seus atos quanto às pessoas, maior número de situações pode alcançar com tratamento discriminatório.

Não é, portanto, questão menor a de saber-se a quem se dirige e obriga o preceito.

absurdo que um direito fundamental pudesse, pela ação eventual do legislador, sofrer derrogações em leis posteriores, mesmo que o legislador não estivesse preso ao cânone da superlegalidade da Constituição. DUARTE, N. O princípio da igualdade perante a lei. **Revista Forense**, v.51, n.156, p. 7-14, no./dez. 1954.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

2.1 Antecedentes

A origem da ação afirmativa foi concebida inicialmente no Estados Unidos da América.

Com efeito, a decisão proferida no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*² foi a apoiar o descontentamento dos negros norte-americanos em razão da marginalização social e econômica existente na sociedade.

Tal estado de coisas, a partir o final da década de 50, estimulou a organização de vários movimentos em favor dos direitos humanos e cresceu o número de negros com a consciência de lutar por seus direitos civis.

Merece destaque organizações como a NAACP – National Association for the Advancement of Colored People – expandindo suas atividades, e na mesma linha de pensamento surgem líderes como Martin Luther King³ que liderou a marcha de um milhão de pessoas na capital americana contra o racismo.

Neste contexto, a Suprema Corte Norte Americana desenvolveu um papel importante no tema dos direitos humanos, sua responsabilidade pelo refazimento do conteúdo dos direito fundamentais, especialmente em relação ao princípio da igualdade, as decisões do Poder Judiciário em cada caso concreto, não eram suficientes para combater o preconceito existente no país.

Foi então que o Senador John Fitzferald Kennedy, consciente da importância política da proteção das minorias naquele momento, como também parte integrante de uma minoria daquela sociedade, pois era católico e descendente de irlandeses, apresentou durante sua campanha eleitoral para a presidência dos Estados Unidos, como prioridade, a luta contra o descaso, preconceito e negligência que estavam submetidas as classes minoritárias e aquelas menos afortunadas.

² A decisão proferida o caso *Brown* limitou-se apenas às hipóteses de segregação racial nas instituições de ensino, enquanto que esperava-se que a Suprema Corte estendesse o mesmo entendimento para outras áreas.

³ Martin Luther King, foi pastor, líder pacifista na luta pelos direitos civis dos negros e defender o boicote às empresas racistas e a desobediência civil.

Na esteira desse pensamento, Kennedy foi eleito assumindo a presidência dos Estados Unidos em janeiro de 1961, por se preocupar com os graves problemas sociais, como o racismo e a existência de milhares de famílias pobres.

Para muitos americanos essa preocupação de Kennedy significava uma importante mudança na forma de governar o país.

Com o intuito de apresentar resultados rápidos que pudessem ser notados pelo eleitorado que acreditava em suas idéias, o então presidente Kennedy expediu em apenas dois meses após assumir a presidência, a Executive Order nº 10.925, onde determinava a criação de um órgão com o objetivo de fiscalizar e reprimir a discriminação existente no mercado de trabalho e pela primeira vez empregou o termo “affirmative action” em um texto oficial.

A Executive Order nº 10.925 tinha por finalidade vedar, no âmbito federal, qualquer discriminação na contratação e também na forma de tratamento no emprego de funcionários públicos com base em raça, credo, cor ou origem nacional.

Porém, o presidente John F. Kennedy não obteve muito êxito na aceitação de suas idéias, pois a aprovação de seus projetos legislativos se esbarravam no Congresso que ofereciam grande resistência aos programas sociais por ele defendido.

Apesar de ter encontrado vários obstáculos para a aprovação de vários projetos de leis que envolviam temas de grande repercussão social, Kennedy conseguiu aprovar o Equal Pay Act, em 1963, que proibiu que as mulheres recebessem, pelo mesmo trabalho, uma remuneração inferior a dos homens.

Ocorre que, em 22 de novembro de 1963, o presidente Kennedy, de uma forma trágica foi assassinado, assumindo o cargo o Vice-Presidente Lyndon B. Johnson que prosseguiu com o ideal de combate às desigualdades sociais, dando continuidade a importantes projetos legislativos que estavam em tramitação.

Um importante projeto, em 2 de julho de 1964, que se destacou foi o Civil Right Act, que merece igualmente a pena, por bem elucidativa, transcrever a anotação de Paulo Lucena de Menezes (2001, p.90-91):

Entre esses projetos destaca-se o Civil Right Act de 2 de julho de 1964, que impôs, no plano legal, a proibição de discriminação ou segregação em lugares ou alojamentos públicos (Título II); a observância de medidas não discriminatórias na distribuição de recursos em programas monitorados pelo governo federal (Título VI); a proibição de qualquer discriminação no mercado de trabalho baseada em raça, cor, sexo ou origem nacional, proibição essa que deveria ser observada pelos grandes empregadores, assim compreendidos todos aqueles que tivessem pelo menos quinze funcionários, incluindo-se as universidades, públicas ou privadas (Título VII). Esta última passagem do texto legal também instituiu a Permanent Equal Employment Opportunity Commission (EEOC), à qual foram conferidos poderes específicos para executar as novas diretrizes fixadas.

Mesmo com a aprovação da Civil Right Act, banindo formalmente atos discriminatórios, e estendendo as medidas para o setor privado, poucos avanços foram alcançados, e conseqüentemente teve que se adotar medidas mais drásticas no combate à discriminação.

Em tempo, um momento marcante que demonstra a preocupação do Presidente Lyndon Johnson com a continuidade da ação afirmativa ocorreu em um discurso em 4 de junho de 1965, na Howard University, quando indagou se todos ali eram livres para competir com os demais membros da mesma sociedade em igualdade de condições. A resposta óbvia era que não.

Logo, em 24 de setembro de 1965, foi editada a Executive Order nº 11.246, que disciplinou com maior amplitude a matéria tratada na Executive Order nº 10.925, onde se exigia que os contratantes com o governo federal não apenas banissem práticas discriminatórias, mas também se estabelecesse uma medida efetiva em favor de membros de minorias socialmente e juridicamente desiguadas.

Essas medidas efetivas ocorriam de várias formas como recrutamento, contratação, transferência, níveis salariais e benefícios indiretos, promoção, treinamento, com o objetivo de superar discriminações presentes ou pretéritas, para se alcançar a igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente nos direitos fundamentais.

As disposições desta Executive Order foram aplicadas primeiramente na área da construção civil, determinando que empresas empreiteiras contratadas pelas entidades públicas ficassem obrigadas a adotar medidas positivas, com a

fixação de alguns parâmetros numéricos para aumentar a contratação de grupos minoritários.

No entanto, esta experiência não teve continuidade em face da pressão efetuada pelos sindicatos, e até mesmo por determinados seguimentos do governo federal.

Embora a Executive Order nº 11.246 não tenha alcançado resultados satisfatórios, de certa forma representou um grande significado histórico por introduzir uma mutação no conteúdo do princípio da igualdade, a partir da adoção de programas voltados ao combate às desigualdades sociais, com base em condutas positivas, que crescem em importância e passam a ser avaliados sob a ótica de políticas governamentais, o que viria mais tarde sedimentar o conceito que se tornou conhecido por Ação Afirmativa.

Entretanto, progressos significativos somente foram notados quando Richard Nixon assumiu a presidência em 1968, e designou Arthur Fletcher que era negro e ocupava o cargo de assistente do Secretário do Trabalho George Schultz, de elaborar um projeto tendente a tornar efetiva o disposto no Título VII do Civil Right Act de 1964, com a recomendação de que o mesmo deveria resistir aos questionamentos judiciais.

Este projeto foi chamado de Philadelphia Plan e foi introduzido no ordenamento jurídico em dezembro de 1971, através da Office Contract Compliance (OFCC) Revised Order nº 4, onde se destaca a observância de percentuais na contratação de empregados. Menezes aponta (2001, p.93):

Segundo as suas disposições, os contratantes com o governo federal deveriam desenvolver, anualmente, programas de ação afirmativa com a finalidade de identificar e corrigir deficiências existentes em relação às mulheres e a grupos minoritários (v.g. negros, índios, e hispânicos), o que se daria pelo cumprimento e pela observância de determinadas metas numéricas (*goals*) na contratação de empregados, as quais seriam fixadas de acordo com a participação dessas mesmas minorias no mercado de trabalho. Referidas metas, contudo, não poderiam ser “quotas rígidas e inflexíveis”, mas “alvos razoavelmente atingíveis, encetando-se todo esforço de boa-fé para fazer com que todos os aspectos do programa de ação afirmativas funcionem”.

A partir do Philadelphia Plan, foi possível a correção de algumas distorções, até mesmo no Poder Judiciário, como, por exemplo, a NAACP –

National Association for the Advancement of Colored People, que processou a polícia estadual do Alabama que não possuía um único negro entre seus membros.

Neste caso, o juiz federal Frank M. Johnson Jr. determinou que para cada policial branco contratado, deveria ser empregado um policial negro, até que 25% da tropa fosse composta por indivíduos negros.

A determinação para a observância de metas numéricas caminhou para que a força policial daquele Estado apresentasse a maior integração racial do país.

Após as várias interpretações dada pelos Tribunais ao Título VII do Civil Right Act de 1964, surgiu no plano legislativo vários textos legais visando atacar a discriminação e o preconceito, como o Equal Employment Opportunity Act e o Higher Education Act, cujo Título IX proíbe a discriminação entre homens e mulheres nas instituições de ensino que recebem recursos do governo federal.

2.2 Primeiras decisões sobre ação afirmativa na Suprema Corte Norte – Americana

Com o surgimento de diversos textos legais, culminou pelo aumento do número de processos judiciais envolvendo a ação afirmativa.

Nesse contexto, dois questionamentos surgiram quando da propositura de tais demandas.

O primeiro questionamento restringia-se basicamente aos preceitos legais aplicáveis à matéria, a se discutir se o Poder Executivo não havia extrapolado a sua competência ao estabelecer políticas de ação afirmativa em favor de certos grupos sociais, como também foi alegado que os textos legais existentes, como os Títulos VI e VII do Civil Right Act de 1964, apenas vedavam a discriminação não permitindo expressamente tais políticas.

Quanto ao segundo questionamento, argumentou-se que a ação afirmativa era incompatível com a Constituição, alegou-se ainda a supremacia jurídica do princípio da igualdade assegurada pela Décima Quarta Emenda Constitucional

que dispões que não poderá ser negado a qualquer pessoa o direito de igual proteção das leis que esteja sob a sua jurisdição.

Em outras palavras, a razão desses questionamentos foi fato de a maior parte dos preceitos legais não definirem, paradigmas e conceitos, adotando apenas termos vagos, cujo conteúdo precisava ser revelado em cada caso específico.

2.2.1 Casos Griggs (1971) e DeFunis (1974)

Um dos primeiros casos a serem julgados pela Suprema Corte foi o Griggs v. Duke Power Company, que contribuiu para a solução dos questionamentos feito ao Título VII do Civil Right Act de 1964.

Ao julgar esse caso, ficou decidido que o Título VII abrangia duas formas de discriminação: a do impacto adverso e a perpetuação da discriminação ocorrida no passado.

O que ocorreu com os candidatos a novos empregos no processo seletivo da Duke Power Company e inclusive para aqueles empregados que quisessem ser transferidos ou promovidos, teriam que ter concluído o segundo grau e se submeter a testes padronizados para verificar o grau de inteligência.

O resultado dos testes relatava o que já se esperava: a maioria dos negros do Estado da Carolina do Norte que se sujeitavam aos testes não obtinham resultado satisfatório em relação aos demais, e conseqüentemente ficavam em posições menos qualificados e com menor remuneração, em razão do baixo nível educacional oferecidos a eles.

Os empregados negros que propuseram a ação argumentavam que os testes aplicados não tinham relação com as funções a serem desempenhadas, logo não poderia ser utilizado como critério de classificação, e que a aplicação desses testes, apenas servia para perpetuar a discriminação racial.

Em razão desses argumentos, a Suprema Corte entendeu que os testes aplicados acabavam por ocasionar um impacto social adverso, embora, fossem a princípio neutros.

Já os fundamentos utilizados pra resolver a matéria objeto do julgamento foram a de proibir a discriminação manifesta e também as condutas que perpetuassem as diferenças raciais indesejáveis.

Com o crescimento do número de processos envolvendo o tema ação afirmativa e relação de trabalho, a Suprema Corte obstou o julgamento desses casos, e mais tarde optou por julgar processos que envolviam programas de admissão em universidades e faculdades.

Assim, o caso *DeFunis v. Odegard*, em 1974, foi o primeiro a ser julgado pela Suprema Corte em se tratar de programas de admissão em universidades e faculdades.

Este processo foi proposto por Marco DeFunis contra a Faculdade de Direito da Universidade de Washington.

Esta universidade instituiu um programa de admissão preferencial, porém esse julgamento foi extinto sem o julgamento de mérito pelo fato do autor da ação ter sido autorizado a freqüentar o curso e quando a questão chegou a Corte DeFunis já estava para se formar.

2.2.2 Caso *Regents of the University of Califórnia v. Bakke*

A principal decisão sobre as Ações afirmativas foi tomada pela Suprema Corte no caso *Regents of the University of Califórnia v. Bakke*.

No presente caso, Alan Bakke autor da ação era engenheiro, branco, que aos trinta e sete anos de idade tinha servido como Oficial da Marinha, inclusive sete anos no Vietnã.

Com o objetivo de mudar de profissão, em 1972 pleiteou uma vaga em diversos cursos de medicina, mas não foi aceito em nenhuma delas. Uma das alegações é que ele já tinha uma idade avançada, que na época era de trinta e dois anos, para iniciar o curso.

Ocorre que em 1974, Bakke foi reprovado pela Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia.

Esta instituição mantinha um programa especial de admissão que separava dezesseis vagas de um total de cem para indivíduos membros de grupos minoritários e que se encontravam em condições desvantajosas.

Bakke tinha conhecimento que as oitenta e quatro vagas restantes eram disputadas por todos os candidatos, inseridos ou não nesses grupos, e sabia também que sua nota havia sido superior a média obtida pelos alunos participantes do programa.

Indignado com essa situação, decidiu processar a Universidade alegando que ele havia sido discriminado em razão da sua raça, o que para ele atentava contra diversos textos legais como o Título VI do Civil Right Act, a Constituição da Califórnia e a Décima Quarta Emenda Constitucional.

A Suprema corte se mostrou bem dividida quanto ao rumo que deveria tomar para o deslinde do caso, diante dos diferentes entendimentos.

Os Ministros – Brennan, White, Marshall e Blackmun – entenderam que nenhum dos textos legais evocados impedia a aplicação do programa de ação afirmativa em questão.

Por outro lado, os Ministros Burger, Stewart, Rehnquist e Stevens, entenderam que o programa da universidade era contrário ao Título VI do Civil Right Act, devendo o autor da ação ser integrado ao curso.

Com base nestas colocações, o Ministro Powell, em uma fundamentação bem fragmentada, manifestou-se no sentido de que os textos legais como o Título VI do Civil Right Act e a Equal Protection Clause haviam sido desrespeitados.

Todavia, entendeu que o elemento raça poderia ser adotado, desde que não fosse o único critério seletivo e que as cotas não fossem inflexíveis.

Por esse motivo, o seu voto assegurou a prevalência da argumentação desenvolvida pelo Ministro Burger, que entendia que o Título VI havia sido desrespeitado e com essa orientação processo foi julgado em favor de Bakke.

No entanto, ficou decidido pela revisão parcial da decisão proferida pela Suprema Corte da Califórnia, na parte em que ela havia julgado que o fator raça nunca poderia ser adotado como critério de admissão nos cursos superiores.

Observa-se, neste contexto, que a Suprema Corte proferiu uma decisão fragmentada, onde dois aspectos devem ser apontados.

O primeiro é que o sistema rígido e exclusivo de cotas foi considerado como discriminatório, portanto, violando o princípio da igualdade, julgando a ação procedente para Bakke.

Quanto ao segundo aspecto a ser apontado, é que não haveria impedimento constitucional, de que a raça fosse utilizada como critério para seleção em programas de ação afirmativa, desde que de forma flexível e associado a outros fatores.

2.3 Considerações finais

Em geral, cabe destacar a contribuição do caso Bakke para o delineamento das ações afirmativas no direito norte-americano.

Entretanto, a partir da década de 80 percebe-se mudanças no entendimento e um movimento de ataques nos programas baseados na ação afirmativa.

A escolha do modelo de interpretação aplicável às políticas de ação afirmativa consistiu em um processo extremamente complexo.

“Desde o julgamento Crosson de 1989 e, em 1995, do caso Adarand, a jurisprudência americana passou a impor programas de ação afirmativa o preenchimento de exigentes requisitos de validade” (BRANCO, 2003, p.136).

Foi na Califórnia, que é um dos Estados com maior diversidade étnica e racial e com uma grande concentração de processos envolvendo ação afirmativa, que nos últimos anos rendeu reações inesperadas.

Com efeito, em 1996, em razão de uma norma proposta em iniciativa popular intitulada de Proposition 209⁴, foi realizado um plebiscito onde as ações afirmativas vieram a ser proibidas na Califórnia, por 54 % dos votos, incentivando

⁴ Essa lei proíbe o uso de “raça, sexo, cor etnia ou nacionalidade como um critério para adoção de discriminação desfavorável; ou para a adição de tratamento preferencial para qualquer indivíduo ou grupo no que diz respeito ao sistema público de educação ou contratos público”, eliminando, assim, iniciativas de ação afirmativa de agências estatais.

os Estados a adotarem a mesma medida, gerando um retrocesso no programa de ação afirmativa, exatamente onde havia surgido a idéia.

Atualmente a ação afirmativa se tornou extremamente controvertida na Suprema Corte dos Estados Unidos, que ao invés de incentivar uma maior integração e igualdade entre norte-americanos, introduz mais dúvidas em torno do tema.

3 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA AÇÃO AFIRMATIVA

3.1 Fundamentos constitucionais da ação afirmativa

O princípio da igualdade jurídica foi contemplado desde a Constituição Brasileira de 1824, como princípio entalhado entre os direitos fundamentais assegurados ao indivíduo.

O conteúdo do princípio da igualdade foi inovado na Constituição de 1988, alcançando outros sujeitos de direito, passando a ter amplitude e a estar presente em toda a estrutura normativa do sistema constitucional brasileiro.

Este princípio se aplica a quase todos os outros acolhidos, como pilastra do edifício normativo fundamental, sendo guiado apenas pelo princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF) que constitui um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem.

A ação afirmativa tem como base o princípio da igualdade, de tal forma que existem vários dispositivos que não só adota medidas nesse sentido, mas antes de tudo as favorece, e não apenas veda o tratamento discriminatório.

Nos dizeres de Carmem Lucia Antunes Rocha (1996, p.92):

Se a igualdade jurídica fosse apenas a vedação de tratamentos discriminatórios, o princípio seria absolutamente insuficiente para possibilitar a realização dos objetivos fundamentais da República constitucionalmente definidos.

Dessa forma, nas leis a serem elaboradas, apenas seriam impedidas manifestações de preconceito ou discriminação, e não adotado medidas que não voltasse a se repetir essa forma de tratamento, igualando os sujeitos atingidos por esses atos, como a forma de concretizar o princípio da igualdade.

Somente através de uma atuação transformadora, igualadora para chegar a igualdade, que a Constituição Federal garante como direito fundamental a todos e é dessa forma que a ação afirmativa está inserida, presente em vários artigos.

Verifica-se no preâmbulo⁵ da Constituição a instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, promovendo a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito.

De certo que o preâmbulo não tem força de norma, mas de informar os objetivos a serem alcançados pela Constituição, que é o de primordialmente realizar a igualação de situações sociais desiguais.

Observando o artigo 3º, I, III e IV⁶ verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são verbos que evocam ação, designam um comportamento ativo.

A abordagem utilizada pelo artigo 3º traz uma declaração, mesmo que implícita, que a República Federativa do Brasil não é justa, porque plena de desigualdades antijurídicas; não é livre porque não se organiza para que todos disponham do exercício do direito fundamental que é a liberdade, e tampouco solidária porque fundada em preconceitos.

Registre-se que o fundamento da República Democrática é organizar um modelo determinado a construir uma nova sociedade brasileira, segundo os anseios de liberdade, justiça e solidariedade, ou seja, paradigmas constitucionalmente traçados.

Ainda no artigo 3º, a Constituição dispõe no inciso III, o mandamento de se erradicar a pobreza, que é uma das fontes de maior discriminação e preconceito no Brasil e a marginalização que reduz a praticabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana pelo qual o princípio da igualdade se pauta.

⁵ **Preâmbulo** - Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para 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 internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

⁶ **Artigo 3º** - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

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.

Por isso a determinação de se protegerem a prática de políticas públicas voltadas à erradicação da pobreza e da marginalização.

Porém, o conteúdo que atribuído ao inciso IV, do mesmo artigo 3º é o que melhor transparece a adoção da ação afirmativa no sistema constitucional brasileiro, até mesmo pela utilização do verbo “promover”.

Nesse sentido Rocha (1996, p.93) analisa esse inciso:

Significa que universaliza-se a igualdade e promove-se a igualação: somente uma conduta ativa, positiva, afirmativa, é que se pode ter a transformação social buscada como objetivo fundamental da República.

Esse dispositivo tem por objetivo fundamental promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, cor, sexo, idade, e quaisquer outras formas de discriminação, ou seja, quis abranger vários grupos sociais naquele momento sócio-político, como também de outras formas de discriminação que viessem a ocorrer.

O legislador constituinte retratando a transformação do quadro social e político, quando da elaboração do texto constitucional, buscou a mudança do conceito, do conteúdo, da essência e da aplicação do princípio da igualdade do praticado antes de 1988, com o objetivo de recuperar ou praticar de forma diferente o que de equivocado e restrito antes se fez.

Some-se a isso, a vedação de práticas discriminatórias nocivas em diversos dispositivos da Constituição, como artigo 5º, XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades individuais; artigo 7º, XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

A mesma orientação se dá na regra contida no artigo 170, IX⁷, em sua feição originária e mesmo com a nova norma introduzida pela emenda constitucional nº 6 de 1995, o que indica que o constituinte reformador, tanto quanto o originário, acolheu a regra da desigualação para igualar.

⁷ Artigo 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IX- tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

O pressuposto para esta desigualação é a de que as empresas favorecidas devem ter proteção estatal para que não sejam inviabilizadas pelo princípio da livre concorrência, também previsto na Constituição no artigo 170, IV. O que configura ação afirmativa em prol dessa espécie de empresa.

Nas palavras de Celso Ribeiro Bastos (1990, p.37):

[...] o favorecimento que a Constituição autoriza não pode ir além do tratamento do equilíbrio determinado pelo princípio da igualdade, o que significa dizer que deverá ser respeitada justa medida, indo tão somente ao ponto necessário para compensar as fraquezas e as inferioridades que as microempresas e as de médio porte possam apresentar.

Quis o legislador dar tratamento diferenciado a essas empresas consentâneo com sua fragilidade no mercado competitivo, para ter as mesmas oportunidades de permanência e crescimento na atividade econômica.

A desigualação prevista neste dispositivo, não têm a mesma natureza de condição pessoal, étnica, racial, ou algo do gênero, previstas em outras passagens na Constituição, mas ilustra a correção das ações afirmativas e o acerto de sua implementação.

3.2 Conceito

As ações afirmativas podem ser definidas como sendo medidas especiais e temporárias, determinadas pelo Poder Público, ou privado, de forma espontânea ou compulsória, concebidas com o objetivo de eliminar, reparar ou compensar as desigualdades historicamente acumuladas, garantindo a igualdade de oportunidades e tratamento decorrentes da discriminação e marginalização por motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros.

Neste diapasão, traz se o conceito de Joaquim B. Barbosa Gomes (2001, p.135):

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, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes na

discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e emprego.

São medidas especiais, na medida em que, são adotadas de forma privativa em favor de determinados grupos, propiciando um tratamento jurídico diferenciado.

De caráter temporário, porque não visam a criar um *status* jurídico permanente, pois é natural que se estipule o termo final, ainda que de forma gradativa.

Em regra, essas medidas não são oriundas somente do poder público através de iniciativas oficiais ou programas previstos em lei. É vislumbrada a possibilidade de realização de programas de ações afirmativas voluntário, elaborados pelo setor privado.

As desigualdades a serem eliminadas, reparadas ou compensadas, são advindas de práticas discriminatórias presentes, como também historicamente acumuladas e não de todo extinto, com reflexos ainda na época atual.

Assim, a garantia da igualdade de oportunidade e tratamento é a de implementar uma igualdade concreta, material, que a igualdade formal, por si só não consegue proporcionar.

Na esteira desse pensamento que se passa a transcrever o entendimento da ilustre professora Carmem Lúcia Antunes Rocha (1996, p.88) quanto ao conteúdo a ser buscado no princípio da igualdade jurídica pelas ações afirmativas:

Assim, a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos engravados na cultura dominante na sociedade. **Por essa desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política e econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático.** A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias. <grifo nosso>

Nesse passo, ao contrário das políticas governamentais antidiscriminatórias que se realizam por meios de leis de conteúdo proibitivo, proporcionando tão somente instrumentos de caráter reparatório, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, ou seja, visa evitar que a discriminação ocorra em qualquer das suas formas, seja por meio de normas de aplicação geral ou específica, seja através de mecanismos difusos, informais, próprio das práticas culturais e do imaginário coletivo.

Por fim, os motivos que ensejam a implantação de políticas públicas se concentram sempre em temas sensíveis como o acesso a educação e mercado de trabalho, fatores estes relacionados com a raça, cor, origem nacional das pessoas e de gênero, sendo que o último será objeto de celeuma no presente estudo.

Em síntese, a ação afirmativa é o instrumento que promove a igualdade jurídica, apoiando determinados grupos socialmente fragilizados.

Neste aresto dois aspectos devem ser apontados: no plano social e no plano jurídico.

No primeiro as ações afirmativas são políticas públicas, visando a reduzir as desigualdades sociais. Buscam dar a grupos desvantajados uma situação equivalente a de outros não desvantajados.

No segundo, tais políticas importam em estabelecer tratamento normativo diferente a tais grupos, mas sem violar o princípio da igualdade.

3.3 Objetivos

Se a questão da igualdade se limitasse apenas com a sua formalização no rol dos direitos fundamentais ou apenas pela negação jurídica da desigualdade formal, não se justificaria a adoção das medidas de ação afirmativa.

Com efeito, o principal objetivo das ações afirmativas é o de promover a igualação, pois não basta proibir, persistindo no conceito estático de um direito de igualdade, pronto, realizado num momento histórico ultrapassado.

Em igual sentido Carmem Lúcia Antunes Rocha (1996, p.88) ressalta que “de um conceito jurídico passivo mudou-se para um conceito jurídico ativo, quer-se dizer, de um conceito negativo de condutas discriminatórias vedadas passou-se a um conceito positivo de condutas promotoras da igualação jurídica”.

Em outras palavras, a concretização da igualdade jurídica deve atender a perspectiva vislumbrada em determinado momento da história da sociedade, com o ideal de promoção implantando planos e programas.

Figura, também, como objetivo das ações afirmativas o de induzir transformação de ordem cultural, pedagógica e psicológica, de tal forma que se opere uma transformação no comportamento e na mentalidade coletiva, moldados pela história.

A outra meta das ações afirmativas é de coibir a discriminação do presente, como também eliminar os efeitos da discriminação do passado que se reflita ainda no presente.

A implantação de uma certa diversidade e de uma representatividade, tendo por base que alguns grupos não figuram em determinados setores do mercado de trabalho e nas atividades estatais, se caracteriza como sendo outro objetivo.

Contudo, o que se extrai desse objetivo, ou melhor, que se traduz nele é o da eliminação de barreiras artificiais e invisíveis que impedem essa expansão desses grupos discriminados.

Por último, outro objetivo que também se destaca seria a criação das chamadas personalidades emblemáticas, que serviriam de exemplos reais de mobilidade social ascendentes, às gerações mais jovens, que as barreiras artificiais foram transpostas.

3.4 Condições jurídicas

No direito constitucional vigente a regra é a igualdade, enquanto que a diferenciação, a exceção.

Assim, em relação a esse tema Joaquim Arruda Falcão *apud* Gomes (2001, p.146) sustenta que:

Se, por um lado, é tranqüila a constatação de que o princípio da igualdade formal é relativo e convive com diferenciações, nem todas as diferenciações são aceitas. A dificuldade é determinar os critérios a partir dos quais uma diferenciação é aceita como constitucional.

Então, a justificativa para o estabelecimento da desigualdade positiva deve atender a determinadas condições jurídicas a fim de evitar a arbitrariedade, sendo assim um pressuposto para a constitucionalidade.

Por se tratar, as ações afirmativas de temas de grande complexidade, faz se necessário o exame dos principais elementos que devem ser ponderados na elaboração e na implementação dessas políticas.

3.4.1 Critérios

Para que a ação afirmativa não seja colhida pela inconstitucionalidade, ou seja, por violação ao princípio constitucional da igualdade (artigo 5º, *caput*, Constituição Federal), é preciso que sua estrutura normativa observe alguns critérios.

Nesse sentido, constata-se que essas políticas são usualmente delineadas observando-se:

a)razoabilidade: justifica-se no fundamento razoável para a diferenciação.

O que se pode dizer que em determinadas circunstâncias, quando houver um passado incontroverso a um determinado grupo, as ações afirmativas funcionam como medidas estritamente necessárias para a solução de um problema de desigualdade atual.

As normas de alcance devem ser adequadas à correção do desigualamento. É por essa razão que a fixação de percentuais para favorecer minorias é medida que busca manter a ação afirmativa dentro dos limites da razoabilidade.

b) racionalidade: a motivação deve ser objetiva, racional e suficiente. Tem por escopo a correção de desigualdades sociais.

c) proporcionalidade: deve servir a um reajuste de situações desiguais. A medida do avantajamento decorrente das regras deve ser ponderada em face da desigualdade a ser corrigida.

A regra de proporcionalidade deve ser aplicada, caso contrário, haverá um privilégio do grupo beneficiado em relação aos demais grupos e à sociedade como um todo.

d) previsão constitucional: deve obediência a uma norma constitucional programática que determina a redução das desigualdades.

As políticas de ação afirmativa têm sido instituídas com base em dispositivos que ordenam ou autorizam tais iniciativas, conforme aduz o artigo 3º da Constituição Federal. Contudo uma previsão constitucional expressa sobre o assunto (artigo 7º, XX; artigo 37, III CF) tende a minimizar possíveis polêmicas, embora nas as evite por completo;

e) especificidade: ser específicas nas situações e nos grupos sociais que são beneficiados com a diferenciação. Quanto aos grupos eles precisam estar singularizados e identificados.

Em regra, as situações que geralmente ensejam ser instituídas políticas de ação afirmativa são no campo do mercado de trabalho e educacional.

Quanto aos grupos sociais beneficiados são escolhidos entre aqueles que foram ou ainda são alvos de discriminação e apresentam desvantagens evidentes, razão pela qual tais políticas são direcionadas às mulheres, portadores de deficiência, idosos, como também grupos raciais ou étnicos.

f) eficiência: ser eficiente é demonstrar a existência do nexo causal entre a prioridade legal concedida e a igualdade socioeconômica pretendida;

g) temporariedade: essa característica, não menos importante que as anteriores, visa o próprio sucesso da política instituída que consiste em suprimi-la no menor tempo possível, quando a partir de dados estatísticos seja possível constatar a implementação da igualdade material e mostrar que a discriminação foi sanada.

Acrescenta, ainda, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2003, p. 76) que as ações afirmativas “não visa criar um status jurídico permanente, mas excepcional em favor de um grupo, e sim propiciar a este grupo a igualdade em relação a outros”.

Portanto, deve ser afastada tão logo eliminadas as diferenças.

3.5 Modalidades

São numerosas as hipóteses existentes de aplicação de ação afirmativa.

As políticas de ação afirmativa podem apresentar diversas formatações, com infindáveis variantes, dependendo dos objetivos visados e das peculiaridades de cada sociedade, que só mesmo o exame concreto de cada programa para explicar cada uma delas.

Drumbl e Craig (1997) apud Menezes (2001, p. 31), separa as modalidades de ação afirmativa em cinco categorias, vejamos:

a) erradicação da discriminação mediante a identificação de práticas discriminatórias, e as acomodações das verdadeiras diferenças entre as pessoas; b) a adoção de diretrizes, à primeira vista neutras, porém propositadamente inclusivas, que produzam o efeito de melhorar as perspectivas dos integrantes de grupos específicos; c) a implantação de programas de assistência social extrapolantes (outreach programs), destinados a divulgar oportunidades de emprego aos integrantes de grupos específicos, bem como a atrair candidatos qualificados que integrem tais grupos; d) tratamento preferencial no emprego e em outras áreas, mediante o qual são conferidos aos integrantes de grupos específicos benefícios denegados aos integrantes de outros grupos; e) a redefinição do princípio do mérito, do que resulta tal condição de integrante do grupo tornar-se uma qualificação na mudança de emprego, em vez de constituir exceção.

As técnicas de implementação, que podem ser utilizados são diversas, como o método de estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais, o estabelecimento de metas, a oferta de treinamento profissional complementar para grupos marginalizados, o sistema de cotas.

Quanto à modalidade de incentivos fiscais este vem para demonstrar que o uso do poder fiscal não é para aprofundar a exclusão, mas serve como

instrumento de dissuasão da discriminação e de emulação de comportamentos voltados à erradicação dos efeitos da discriminação.

No caso das metas elas serviriam mais como um padrão desejado pelo qual se mede o progresso, com a ressalva de que ela não se confunda com as cotas.

Ainda com relação à sua aplicação, a ação afirmativa é usualmente associada à fixação de cotas, que, segundo Menezes (2001, p. 30) é o “estabelecimento de um número preciso de lugares ou da reserva de algum espaço em favor de membros do grupo beneficiado”.

3.5.1 O problema das cotas e suas objeções

A modalidade cota é em um só momento a forma mais radical, mais polêmica e mais propagada de ação afirmativa.

O entendimento contrário às cotas fundamenta que esse método impõe um tratamento discriminatório contra as pessoas integrantes da maioria, ou seja, aquelas que não integram o grupo beneficiado com o programa de ação afirmativa.

De fato, as cotas, constituem mecanismo de inclusão de minorias e em contrapartida a exclusão de membros pertencentes a grupos não minoritários.

Nessa ótica, pelo contrário, quando se fala em estabelecimento de cotas como mecanismo de inclusão das minorias não se pretende realizar uma discriminação reversa contra aqueles que não são abrangidos pela política, mas o que se opera é a fixação de percentuais mínimos garantidores da participação da presença das minorias.

Insta trazer a baila, a lição de Carmem Lúcia Antunes Rocha (1996, p. 88) na qual destaca bem a importância e a finalidade da fixação de cotas em favor de determinados grupos sociais que se encontram em posição de desvantagem:

É importante salientar que não se quer verem produzidas novas discriminações com a ação afirmativa, agora em desfavor das majorias, que, sem serem marginalizadas historicamente, perdem espaços que antes detinham face aos membros dos grupos afirmados pelo princípio igualador no Direito.

Os planos e programas das entidades públicas e particulares de ação afirmativa deixam sempre à disputa livre da maioria a maior parcela de vagas em escolas, em empregos, em locais de lazer etc., como forma de garantia democrática do exercício da liberdade pessoal e da realização do princípio da não discriminação (contido no princípio constitucional da igualdade jurídica) pela própria sociedade.

Porém, o que se pode dizer é que, em determinadas circunstâncias, quando houver um passado incontroverso de discriminação a um determinado grupo, as cotas funcionam como medidas estritamente indispensáveis para a solução do problema da igualdade.

Destarte, para poder se utilizar a modalidade de fixação de cotas ou percentuais, o critério discriminatório deve se basear em uma discriminação pretérita de um grupo definido (gênero, raça) que surta efeitos no presente.

O parâmetro da discriminação pretérita e histórica com efeitos no presente pode servir como instrumento de controle da política afirmativa implementada ao longo do tempo, pois se através de dados estatísticos se constatar que a discriminação pretérita foi sanada, a medida que originariamente foi entendida como constitucional passará a não ser mais entendida dessa forma.

Isso não quer dizer que a fixação de cotas não possa ser aplicada na discriminação ocorrida no presente. Poderá ser aplicada quando outras medidas inicialmente adotadas não forem adequadas ou suficientes para a inclusão do grupo em desvantagem.

A hipótese de estabelecimento de cotas é bem ilustrada no Brasil pelo artigo 37, VIII da Constituição Federal que dispôs que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência.

É assim que a Lei nº 8.112/90 no seu §2º do artigo 5º estabelece às pessoas portadoras de deficiência a reserva de 20% das vagas oferecidas em concurso público.

Outro exemplo que deve ser destacado é o previsto na Lei 9.504/97 que estatuiu no §3º do seu artigo 10, que, do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo.

Atente-se para a fórmula adotada, que limita em um mínimo de 30% e um máximo de 70% das vagas para cada sexo, buscando um equilíbrio entre os gêneros no que diz respeito às candidaturas parlamentares.

Nota-se que a modalidade cota de ação afirmativa é uma prática bem difundida e aceita no ordenamento jurídico brasileiro.

3.6 As políticas de ação afirmativa no Brasil

No Brasil, a ação afirmativa consiste numa discussão relativamente recente.

A primeira vez que o Governo Federal utilizou o termo consagrado no direito norte-americano, “ação afirmativa”⁸, foi na primeira versão do Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH, ao prever que uma das ações governamentais consistiria em desenvolver ações afirmativas para o acesso de negros aos cursos profissionalizantes, à universidade e às áreas de tecnologia de ponta.

Vários fatores, tais como a falta e conhecimento técnico sobre o assunto e a exploração política do tema, têm gerado sérias preocupações sobre o possível sucesso das políticas de ação afirmativa.

O passado recente registra diversas propostas e iniciativas de programas de ação afirmativa em diversos campos.

No plano executivo federal, o Ministério da Justiça, estabeleceu que o seu quadro de funcionários sem vínculo empregatício deverá ser composto por 20% de mulheres e 5% de portadores de deficiência.

Já o Ministério das Relações Exteriores, em 14 de maio de 2002, apresentou o Termo de ajuste ao Protocolo de Cooperação sobre a Ação Afirmativa no Instituto Rio Branco, estabelecendo bolsas-prêmio de vocação para a diplomacia, que tem por objetivo oferecer auxílio financeiro para indivíduos afro-descendentes custearem despesas com a preparação para o exame de ingresso

⁸ O termo “affirmative action” na tradução literal para a língua portuguesa perde um pouco do seu impacto, na medida em que não consegue transmitir a mesma idéia de conduta pró-ativa, presente na língua inglesa.

na carreira diplomática, ressalvando que a igualdade quanto ao gênero será considerada nesta seleção.

No Congresso Nacional vários textos legais já foram aprovados, como a exemplo da Lei 9.504/97 que fixou cotas eleitorais para aumentar a participação das mulheres no cenário político.

No Poder Judiciário fora criado um programa interno de ação afirmativa. A Concorrência 3/2001 foi primeira a reservar, para indivíduos negros, 20% das vagas abertas por esse tribunal para a contratação de profissionais que atuam na área de jornalismo.

No plano Estadual, merece destaque, pelas séries de discussões que suscitaram as Leis 3.524/2000 que dispõe sobre os critérios de seleção e admissão de estudantes da rede pública estadual de ensino nas universidades públicas estaduais, fixando cota de 50% em favor destes estudantes e a Lei 3.708/2001 que instituiu cota de 40% para as populações negra e parda no acesso à Universidade do Estado do Rio de Janeiro e à Universidade Estadual do Norte Fluminense.

Em relação às políticas privadas, por enquanto não representam um número expressivo, porém tendem a aumentar crescendo juntamente com os programas de responsabilidade social desenvolvido pelas empresas.

A título de exemplo, a sede da montadora de veículos Ford, em Camaçari, na Bahia, desenvolveu um projeto de mão-de-obra local que reflete os dados estatísticos, (raciais e de gênero) pertinentes à região.

4 AÇÃO AFIRMATIVA E AS MULHERES NOS TRIBUNAIS

4.1 Considerações preliminares sobre a desigualdade entre homens e mulheres

Desde pequenas, as crianças aprendem que existem papéis diferentes entre os homens e as mulheres.

Em relação às meninas, ainda hoje, aprendem a assumir o papel de submissão face aos homens que também aprendem a desempenhar seu poder sobre elas.

A partir desse aprendizado as mulheres se inserem na sociedade e acaba por se submeterem a condições econômicas limitadas, menor prestígio social e com menos poder político e decisório.

A mulher está longe de desfrutar das igualdades, para tanto, investiga-se justamente alguns fatores para que se avalie a desigualdade entre homens e mulheres.

Pode se destacar alguns fatores como a participação econômica (igual remuneração por igual trabalho); oportunidades econômicas (acesso a empregos não restritos à baixa remuneração e à ausência de preparo); acesso à educação; acesso a serviços de saúde; e presença em cargos decisórios, inclusive na política.

Os fatores acima citados são os mesmos que foram utilizados, em um estudo divulgado no último Fórum Econômico Mundial, segundo os padrões da Unifem⁹ – Fundo das Nações Unidas para as Mulheres. Fatores esse que passamos a examinar.

Em relação ao primeiro fator, participação econômica, constata-se, que nas relações entre homens e mulheres e sua inserção no mercado de trabalho, os homens têm maior acesso a emprego e renda que as mulheres.

⁹ ALBUQUERQUE, V. Brasil fica entre países com maior desigualdade entre homens e mulheres, diz pesquisa. **Folha Online Dinheiro**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/foha/dinheiro/ult91u96298.shtml>>. Acesso em: 16 mai.2005.

Isso decorre do fato de os homens terem mais oportunidades de capacitação e profissionalização, enquanto que as mulheres são responsáveis por todo trabalho doméstico.

Um dos fundamentos de que as mulheres percebem salários menores aos dos homens pelo desempenho das mesmas funções, culminando para a desigualdade no mercado de trabalho, está calcada na visão corrente em nossa sociedade de que a renda das mulheres é meramente complementar.

Atualmente, não tem como se sustentar a posição de que a renda das mulheres é meramente complementar, pois temos muitas mulheres na situação de “chefes de família”.

Como bem afirma o Relatório da Comissão Externa da Feminização da Pobreza¹⁰ produzido pelo Senado Federal no Ano da Mulher:

Os diferenciais de rendimentos entre mulheres e homens chefes de família de igual escolaridade e idade são negativos para as mulheres, indicando que independentemente do estado conjugal e da situação quanto à maternidade, as mulheres seriam vistas como esposa e mãe o mercado. **Portanto, mesmo quando únicas provedoras do núcleo familiar teriam seu rendimento considerado como complementar.**
<grifo nosso>

Com efeito, neste mesmo relatório, contata-se que a população feminina ocupada concentra-se nas classes com renda até dois salários mínimos, entre os homens a proporção com renda neste nível é de 55,1%, enquanto que para as mulheres essa proporção sobe para 71,3%.

Em contraposição, percebe-se que 15,5% dos homens têm rendimento acima de cinco salários mínimos, sendo que somente 9,2 das mulheres possuem essa renda.

Demonstra-se, então, que as mulheres recebem remuneração no trabalho marcadamente inferior aos homens.

O segundo fator destaca as oportunidades econômicas. Neste, as mulheres continuam ocupando espaços menos privilegiados, recebendo salários

¹⁰ RELATÓRIO DA COMISSÃO EXTERNA DA FEMINIZAÇÃO DA POBREZA. **Ano da Mulher – Senado Federal**, Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/anodamulher/destaques/relatorio_cd.asp>. Acesso em: 26 jul. 2005.

menores independentemente do nível de escolaridade, muitas vezes adequando-se à segmentação sexual de carreiras profissionais e tendo empregos comparativamente mais precários.

Conforme o Relatório Nacional Brasileiro Sobre a Situação da Mulher, realizado na XXXI Assembléia de Delegadas da Comissão Interamericana de Mulheres¹¹, este ressalva que:

A parcela feminina desse mercado de trabalho caracteriza-se por menores índices de registro em carteira de trabalho e de contribuição para a Previdência Social, assim como níveis mais baixos de sindicalização, que resultam em menor poder de barganha.

Vale registrar que o cenário brasileiro das últimas décadas, sofreu agudas transformações, registrando um aumento da força de trabalho feminina em todas as faixas etárias e o ingresso da mulher em novas esferas do mercado de trabalho, o que vem mostrando significativas modificações quanto a este fator.

Nesse contexto, em termos comparativos, no estudo divulgado pela Unifem, os Estados Unidos, no ítem oportunidades econômicas ficou atrás do Brasil, devido à licença-maternidade ser insuficiente e a falta de benefícios sociais durante a licença, some-se a isso a falta de creches públicas.

Enquanto que no Brasil, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional estabelecem uma série de direitos trabalhistas às mulheres, como o reconhecimento da maternidade como função social, a extensão do salário maternidade às empregadas domésticas, a proibição de anúncios de emprego com preferência de sexo.

Além disso, o Brasil acolheu as Convenções 111 e 183 da OIT atinentes à proteção da maternidade e ao combate à discriminação no trabalho.

Em relação ao preparo, saliente-se que as mulheres têm buscado postos e espaços antes integralmente ocupados por homens, como a área financeira, a medicina e a magistratura. É o que afirma o Relatório Nacional Brasileiro sobre a Situação da Mulher, o que acaba no crescimento das oportunidades econômicas.

¹¹ XXXI ASSEMBLÉIA DE DELEGADAS DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE MULHERES, 31.,2002, Punta Cana, **Relatório Nacional Brasileiro Sobre a Situação da Mulher**. Brasília, Ministério das Relações Exteriores, 2002. 16p.

Em termos de acesso à educação, segundo o estudo da Unifem, o Brasil ocupou o 27º lugar, enquanto que a Argentina ficou em terceiro.

A Constituição Federal dedica todo um capítulo ao direito à educação, não restringindo o seu exercício por razões de gênero. As Constituições Estaduais reiteram previsões constitucionais sobre a igualdade em acesso e permanência na escola.

Apesar dessas normas, conforme o relatório, a porcentagem de mulheres alfabetizadas supera a dos homens; a defasagem série-idade é menos intensa para as mulheres que para os homens; os anos de escolaridade da população urbana ocupada, as mulheres apresentam média superior a dos homens ficando 8,2 anos de estudo para as mulheres contra 7,3 para os homens.

É o que nos ensina Ellen Gracie Northfleet (2000) *apud* Leda de Oliveira Pinho (2005, p.111):

Mesmo superada a barreira do acesso à educação, as garantias de não discriminação não foram capazes de assegurar que mulheres educadas e capazes tivessem acesso às posições de poder. De fato, elas ainda quedam retardatárias e muitas vezes são preteridas em favor de homens com qualificação inferior à sua.

Por mais que o nível de instrução das mulheres encontre-se em patamar mais elevado do que o dos homens, ao contrário do que se mostra, esta superioridade não reflete no rendimento médio alcançado pelas mulheres em seus empregos.

Porém, ainda segundo a pesquisa da Unifem, o principal problema no Brasil e nos demais países da América Latina, se encontra nos dois últimos fatores, onde se aponta a falta de garantia de direitos básicos, como o acesso a serviços de saúde e a presença em cargos decisórios.

Em análise ao acesso de serviços de saúde, mais uma vez a Constituição de 1988 consolidou direitos importantes para a saúde da mulher o que permitiu a organização, articulação e construção de novos direitos, porém, ainda de maneira tímida.

Contudo, no que se refere à mortalidade materna, dados preocupantes são apontados no Relatório Brasileiro Sobre a Situação da Mulher, senão vejamos:

[...] os índices nacionais indicam que os óbitos maternos caíram de 142/100.000, em 1981, para 78/100.000, em 2000. As regiões norte e nordeste, em especial nas áreas rurais, mantiveram índices elevados, o que indica que a atuação da rede pública de saúde nas áreas rurais ainda necessita ser aperfeiçoada. Pesquisa realizada pela Unesco em assentamentos rurais indica que, independentemente do sexo, cerca de 15% dos assentados afirmaram que não têm acesso fácil ao serviço de saúde.

Ressalve-se, por fim, que a participação da mulher em cargos decisórios ainda é ínfimo.

No setor privado, de acordo que se observa no mesmo relatório que "mesmo na área privada, contudo a representação das mulheres em cargos de poder é ainda bem menor de que a dos homens".

A diminuta presença da mulher ocorre também no Poder Legislativo, no Poder Executivo e no Poder Judiciário, com maior destaque nos Tribunais Superiores, no qual será abordado com mais detalhe neste capítulo.

4.2 A jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias sobre igualdade entre homens e mulheres

Nos Tribunais Europeus, a igualdade entre homens e mulheres é um dos temas que vem recebendo grande atenção nos últimos anos.

Tem se produzido avanços significativos na Comunidade Européia sobre este assunto, pois anteriormente unicamente era reconhecida a igualdade salarial no Tratado Constitutivo da Comunidade Econômica Européia.

Mais adiante, o Tratado de Amsterdã incluiu a possibilidade de adoção de normas comunitárias que lutem contra a discriminação e também dos Estados introduzirem medidas destinadas a conseguir uma igual representação de ambos os sexos em todos os setores, além de obrigar os Estados de garantir a igualdade real no trabalho, quanto a sua valoração e remuneração.

A primeira decisão que se pode aduzir atinentes a igualdade entre homens e mulheres é o caso Defrenne, que reconhecia a aplicação direta da igualdade salarial entre sexos no Tribunal da Comunidade Européia.

Outro precedente que se pode destacar, segundo leciona Ascensión Elvira (2003, p.47):

Noutros casos, o que se debateu foram as limitações ou exclusões que certos Estados impõem ao acesso da mulher aos empregos militares, nos quais o TJCE tem considerado claramente discriminatórios aqueles regulamentos que vedam o acesso da mulher ao exército, exceto em unidades sanitárias ou noutras alheias as representativas das Força Armadas, enquanto que, de fato, tem admitido limitações pontuais, derivadas da natureza e circunstâncias de certas atividades militares.

O passo seguinte do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias consistiu em denunciar as hipóteses em que a aplicação de medidas aparentemente oferecia um tratamento igualitário para homens e mulheres, mas, na prática escondiam discriminação.

Como pode ser citado como exemplo, “a não percepção duma gratificação salarial fixada em convenção para trabalhadores com salário reduzido, se se provar que tal medida afeta um número muito maior de mulheres” (ELVIRA, 2003, p.48).

4.2.1 A jurisprudência sobre ações afirmativas na Comunidade Européia

Em primeiro lugar, se depara na dificuldade da definição de ação afirmativa que não existe no Direito Comunitário, nem no plano normativo quanto no plano jurisprudencial.

Tal dificuldade ocorre, pois dentro da denominação genérica de ações afirmativas, se englobam tanto as medidas destinadas a favorecer o alcance da igualdade real sem desfavorecer outros concorrentes, quanto as medidas chamadas de discriminação positiva que se favorece o setor até então menos favorecido, mesmo a custa de preterir outros.

Um dos primeiros julgados foi o caso Kalanke, onde a decisão do TJCE foi negativa, e conseqüentemente muito criticada por supor um golpe nas medidas positivas que começavam a ser aplicadas em diversos países europeus.

Logo, essa decisão se viu superada pelo caso Marschall, onde se previa a concessão de preferência na promoção às mulheres, em igualdade de aptidão,

competência e prestações profissionais, salvo se concorrentes na pessoa do candidato motivos que inclinam a balança em seu favor.

Neste caso ficou decidido que as medidas positivas contempladas que foram avaliadas eram de acordo com norma comunitária.

Outro caso de grande repercussão, que permite uma política em favor das mulheres, foi o Badeck, que também versava sobre medida de promoção da mulher.

Este caso não se referia apenas ao acesso a postos de trabalho, mas também ao acesso à formação e às entrevistas de trabalho.

É necessário sublinhar que o regulamento levava em consideração além de possíveis dificuldades na hora de ter acesso a um posto de trabalho, a menor presença de mulheres em certos estudos e menores oportunidades para serem convocadas a entrevistas de trabalho.

Conclui-se dessa forma que a jurisprudência do TJCE tem sido de grande importância no alcance da igualdade real entre homens e mulheres, pois não só se mostram claramente a favor dessa igualdade, como também admitem a adoção das ações afirmativas, todavia, as políticas de igualdade ainda estão em constante transformação.

Esses julgamentos refletem de forma positiva nos países da Comunidade Européia.

Segundo o estudo realizado pela Unifem países como a Suécia, Dinamarca e Finlândia ocupam os primeiros lugares entre aqueles países que conseguiram diminuir a desigualdade entre homens e mulheres, embora nenhum deles tenha conseguido eliminar fortemente essas desigualdades.

Ainda segundo dados desse estudo, esses países são caracterizados por suas sociedades liberais, com um registro de abertura e transparência no governo e redes de proteção social abrangentes eficazes.

As mulheres nesses países têm acesso a maiores oportunidades educacionais, políticas e profissionais.

4.2.2 Ação afirmativa e a proteção das mulheres na Suprema Corte Norte Americana

A abordagem quanto a discriminação entre homens e mulheres também foi objeto de importantes decisões judiciais na Suprema Corte Norte Americana.

O modelo social e legal pregado nos Estados Unidos relegou, por muito tempo, em segundo plano o sexo feminino, pois proibia a mulher de votar, de serem convocadas como jurados e até mesmo de possuírem bens imóveis.

Essas classificações legais eram vistas, erroneamente, como um mecanismo inevitável, que se voltava para a própria proteção das mulheres.

Neste cenário, foram identificadas a segregação sexual e as disparidades salariais como manifestação da discriminação.

De fato, o primeiro marco na luta pela igualdade entre homens e mulheres foi definido com o processo *Reed v. Reed*, quando uma lei foi julgada inconstitucional com base na Décima Quarta Emenda Constitucional, por impor um tratamento jurídico diferenciado entre homens e mulheres em razão do sexo.

Neste julgamento, os Ministros entenderam por unanimidade de votos, que a lei do Estado de Idaho que concedia preferência aos homens em detrimentos das mulheres, para serem indicados como inventariantes, era incompatível com a Constituição.

Contudo, não estabeleceu critérios que deveriam ser observados no julgamento de leis que estabelecia diferenças com base no sexo.

No entanto, foi ao decidir o processo *Craig v. Borem*, que se estabeleceu as regras a serem observadas no julgamento envolvendo esse tipo de caso.

Ao contrário de como ocorreu com o elemento raça, que adotou o exame rigoroso¹² como padrão de exame judicial, o padrão utilizado neste caso foi o do exame intermediário.

¹² A Suprema Corte terminou criando três diferentes modelos hermenêuticos para identificar quais critérios juridicamente admissíveis quando se estabelecem tratamentos diferenciados para as pessoas. São eles: a) exame mínimo (minimal or ordinary scrutiny): essa abordagem, que costuma ser aplicada quando as discriminações sob análise envolvem tópicos sociais ou econômicos, é a mais branda entre as existentes, de forma que a maior parte das normas que são avaliadas sobre este enfoque é julgada constitucional; b) exame rigoroso (strict scrutiny) é o exame judicial mais

O tema só foi debatido especificamente no precedente *Johnson v. Transportation Agency Clara County*.

Foi discutido neste processo a legalidade de um plano de ação afirmativa instituído pelo órgão municipal de Santa Clara da área de transportes que admitia medidas de preferência para os funcionários do sexo feminino, por representar 22,4% dos funcionários, considerando que a proporção das mulheres no mercado de trabalho local era de 36,4%.

Este caso teve como autor o funcionário Johnson que havia se inscrito e apesar de ter obtido melhores notas no processo de seleção para assumir o cargo de despachante rodoviário não foi promovido em virtude do responsável pela nomeação ter aplicado o elemento sexo, além de outros fatores, em sua avaliação, acabando por promover uma mulher para a vaga.

Segundo Menezes (2001, p.122), vários argumentos foram levantados tanto pelo autor do processo, quanto na contestação pelo órgão municipal de Santa Clara, senão vejamos:

De acordo com o autor do processo, qualquer plano voluntário de ação afirmativa elaborado por órgãos públicos somente seria válido perante a *equal protection clause* se o mesmo servisse a um *interesse governamental cogente (compelling governmental interest)* voltado para a correção de discriminações passadas. No caso, porém, esse aspecto compensatório era atendido, pois o órgão municipal não se baseava em indícios reais de discriminação, mas apenas em puras disparidades estatísticas. Outrossim, ele entendia que os critérios fixados pela Suprema Corte no julgamento do caso *Weber* não tinha sido respeitados.

O órgão municipal de Santa Clara, por sua vez, contestou as alegações de Johnson, esclarecendo que todos os requisitos estabelecidos em *Weber* haviam sido atendidos, posto que: a) o plano era flexível e não impunha preferências numéricas de forma rígida. As principais medidas de ação afirmativa apenas sugeriam *considerações especiais* para a proteção de funcionários que integravam grupos sub-representados. Não existiam *quotas* fixas, de forma que todos os funcionários poderiam concorrer a todos os cargos, o que tornava o plano e questão similar as medidas adotadas pela Universidade de Harvard, que foram mencionadas no caso *Bakke*; b) o plano era temporário, apesar de não existir uma data final pré estabelecida, e seria concluído quando a proporção entre os sexos fosse *alcançada*. Em outras palavras, o plano não seria mantido indefinidamente, de forma a *preservar* a proporção

rigoroso. Ele tem sido utilizado quando as classificações baseiam-se em raça, origem nacional ou etnia das pessoas – as chamadas “classificações suspeitas” – ou quando envolvem direitos fundamentais; c) exame intermediário (*intermediate scrutiny*): este critério costuma a ser empregado em questões nas quais as distinções pessoais são calcadas no gênero, embora tenha sido excepcionalmente adotado em processos envolvendo programas de ação afirmativa.

entre os sexos; c) o plano não violava os direitos dos funcionários do sexo masculino, que tinham inalteradas as suas condições de trabalho, além de não estarem impedidos de concorrer a qualquer cargo.

Assim, o entendimento prevalecente da Suprema Corte foi de que o programa elaborado pelo órgão municipal era incensurável, conforme, ainda, traduz Menezes (2001, p.124), nas seguintes proposições:

a)nenhuma pessoa era automaticamente excluída de qualquer apreciação por parte de seus superiores; b) os candidatos ao cargo em disputa não tinham direito absoluto ao mesmo, visto que o diretor do órgão municipal tinha discricionariedade para escolher um entre os sete funcionários aprovados nos testes de classificação; c) o autor da ação não tinha perdido o seu emprego, salário ou tempo de serviço (seniority), mantendo-se em condições de disputar outra promoção; d) o órgão municipal visara corrigir uma desigualdade entre sexos, e não manter um equilíbrio já existente.

Sendo assim, esse julgamento, tem como consequência, provar que programas podem ser instituídos a partir de diferenças comprovadas por dados estatísticos.

4.3 A mulher e a política

A história revela que a democracia juntamente com a política surgiram na Grécia antiga, contudo, as mulheres viviam à margem da vida pública.

Mais tarde, mesmo com a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, já preparando para a formulação dos direitos à liberdade e igualdade, as mulheres continuaram ainda excluídas do processo político.

O argumento utilizado para explicar a exclusão da mulher da política “era o de ser a natureza feminina intrinsecamente diversa da masculina, estando as mulheres destinadas unicamente a gerar filhos e a cuidar da família, atividades para as quais possuíam virtudes especiais” (MASCHIO, 2003, p. 47).

Foi somente nas últimas décadas que se deu início a conscientização das mulheres sobre a sua igualdade em relação aos homens, que as duras penas tem sido construída pela ação de grandes mulheres.

A primeira mulher que exerceu o direito de votar, no Brasil Império, foi a Dra. Isabel de Matto Dellon, que chegou até a se candidatar a Constituinte mesmo sabendo da impossibilidade de vencer.

Mas como já era de se esperar o então Ministro do Interior Cesário Alvim, inconformado ao saber da existência do voto de uma mulher, proibiu através de um decreto o voto feminino em qualquer circunstância.

Em 1890, na Constituinte Republicana, foi apresentado emenda concedendo o direito de voto à mulher, no qual foi rejeitada.

Após essa tentativa, no ano seguinte, um grupo de trinta constituintes assinaram uma emenda ao projeto de Constituição, para conferir o direito ao voto á mulher, onde mais uma vez a pressão dos que se opunham foi mais forte.

Mas foi somente em 1917 que as mulheres começaram a se organizar e começaram a reivindicar o seu direito ao voto.

Nessa trajetória de luta pela conquista do direito ao voto, as mulheres tiveram a colaboração de alguns homens de visão avançada para a época.

Diante da pressão feminina, o Presidente Getúlio Vargas em 1932, promulgou o Código Eleitoral no qual garantiu as mulheres o direito ao voto, e no ano seguinte elegeu-se a primeira Deputada Federal.

Apesar de um início aparentemente promissor da mulher frente a política, a trajetória das mulheres não teve muito êxito, como bem explica Maschio (2003, p.51):

[...] a trajetória das mulheres na política não conseguiu acompanhar os avanços femininos em outras áreas como, por exemplo, na instrução (as mulheres, em grande número de cursos superiores, são maioria). O relatório de Desenvolvimento Humano no Brasil realizado em 1996 revelou que ocuparam a Câmara Federal, entre as décadas de 50 e 70, apenas sete mulheres. Em 1982, oito mulheres foram eleitas para a Câmara de Deputados, e nas Assembléias Legislativas aumentou para 28 o número de mulheres. Na eleição seguinte, em 1986, foram eleitas 26 deputadas federais e seis senadoras. Também no legislativos municipais a participação das mulheres tem avançado . Segundo dados estatísticos, entre os anos de 1983 e 1988, 1.672 mulheres foram eleitas vereadoras, abrangendo 4.114 municípios. Na década seguinte, entre 1993 e 1996, foram eleitas 3.839 mulheres, em 4.972 municípios. Esses números, apesar de demonstrarem um avanço, estão muito aquém do ideal, ainda mais se comparados ao percentual da população e do eleitorado que as mulheres representam.

Visando justamente impulsionar o engajamento feminino na política o primeiro passo dessa iniciativa foi a aprovação da Lei nº9.100/1995 que previu que 20% das vagas de cada partido ou coligação deverá ser preenchido por candidatas mulheres.

Esta primeira iniciativa teve grande significado na história da participação das mulheres nas eleições, pois partidos que antes nem sequer tinham mulheres em seu quadro de filiados passaram a fazer campanhas de filiação para atrair candidatas.

Posteriormente, com o advento da Lei nº 9.504/1997, o percentual mínimo de mulheres candidatas passou para 30%.

“A justificativa do projeto destaca que estabelecer mecanismos para a participação igualitária da mulher, bem como sua representação eqüitativa em todos os níveis do processo político e da vida pública em cada comunidade e sociedade” (MELO, 1998, p.97), é uma das recomendações do Plano de Ação da Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento, entre outros compromissos ratificados pelo Brasil.

Vale ressaltar que as cotas estão proporcionando uma maior visibilidade das mulheres perante o cenário político brasileiro, “mesmo diante dos entraves de ordem constitucional e social, fazendo com que a discussão sobre o gênero e sobre a inclusão esteja permanentemente na pauta política” (FRANCO, 2004, p.1.121).

As mencionadas leis representam o reconhecimento de discriminação contra as mulheres, conforme leciona Gomes (2001, p.142):

A existência de discriminação contra as brasileiras, cujo resultado mais visível é a exasperante sub-representação feminina em um dos setores-chave da vida nacional – o processo político. Com efeito, o legislador ordinário, consciente de que em toda a história política do país foi sempre desprezível a participação feminina, resolveu remediar a situação por meio de um corretivo que nada mais é do que uma das muitas técnicas por meio das quais, em direito comparado, são concebidas e implementadas as ações afirmativas: o mecanismo das cotas.

Consagra, também, a recepção pelo direito brasileiro da ação afirmativa, anunciando um incremento significativo da participação da mulher nas instâncias de poder.

4.4 O ingresso das mulheres nos Tribunais Superiores

Como já foi visto, a participação feminina no mercado de trabalho é marcada por salários inferiores aos dos homens em iguais funções e por maiores dificuldades em fazer carreira.

A investigação dos fatos históricos é de extrema relevância quando se afirma que o poder de mando permanece fiel à lógica da cultura patriarcal, mesmo frente ao espaço conquistado pela mulher na sociedade.

O que se olvida, é que o Poder Judiciário ainda se espelha nessa cultura patriarcal que a participação de mulheres e homens também acontece de forma desigual.

É verdade que nunca existiu uma lei proibindo as mulheres de fazer carreira jurídica, mas ainda há espaço para preconceito.

No Estado de São Paulo, por exemplo, as mulheres ingressaram na magistratura por meio de concurso público apenas em 1980¹³.

Nesta época, o concurso para a magistratura identificava todos os seus candidatos em todas as fases, o que dava margem a desvios.

Para impossibilitar esses desvios e conseqüentemente estabelecer a igualdade na carreira no que se refere ao gênero, se fez necessário uma lei estadual nº9.351/1996 vedando a identificação dos candidatos no concurso público de ingresso na magistratura nas duas primeiras fases do certame.

Após a edição dessa lei ocorreu um aumento do número de mulheres que ingressam na magistratura, entretanto o número de mulheres nos Tribunais Superiores ainda é tímido.

¹³ A primeira juíza aprovada em concurso público no Rio Grande do Sul foi Maria Berenice Dias, em 1973, que também foi a primeira mulher a ser elevada ao posto de desembargadora daquele Estado, em 1996, rompendo uma tradição de 122 anos. TEIXEIRA, G. **Jornal do Magistrado**. De toga e batom, Brasília, p. 4-5, n.71, out./nov.2003.

No primeiro concurso apenas três mulheres foram aprovadas. Dessas, apenas duas foram promovidas para o Tribunal de Alçada em 2003 pela via de concurso de promoção na carreira.

Mas foi através do quinto constitucional a principal via de acesso das mulheres aos Tribunais de Alçada e de Justiça do Estado de São Paulo, tendo em vista que a progressão na carreira é lenta e o ingresso das mulheres ocorreu em 1980 com um número ínfimo de aprovadas.

Mesmo assim, apenas em 1995 que a primeira mulher ingressou no Tribunal de Alçada por essa via de acesso.

Constata-se, ainda, que mesmo através do quinto constitucional ocorre uma discrepância nas indicações de mulheres e homens, porque se leva em conta o critério político de indicações.

Em recente trabalho intitulado de “A participação da mulher na Magistratura Brasileira”¹⁴, que teve como coordenadores Mônica de Melo, Marcelo Nastari e Letícia Massula, os pesquisadores retrataram bem a discrepância da presença das mulheres na magistratura através da análise dos dados do Banco Nacional do Poder Judiciário e do Conselho da Justiça Federal.

De maneira geral, a participação da mulher na magistratura é marcada por um quadro de flagrante desigualdade e discriminação.

Na base da carreira, entre as mulheres que ingressaram via concurso público esse número é significativo, contudo esse percentual vai diminuindo gradativamente quando passa a analisar as instâncias superiores e os cargos providos por indicação. Eliana Calmon Alves (1996, p.123) considera igualmente que:

O que causa perplexidade nas mulheres magistradas é a contratação de que a sua igualdade vai até o momento em que concorrem com os colegas homens com base em critérios objetivos. Porque no momento em que se submetem ao crivo subjetivo, volatiliza-se a igualdade, e esta passa a ser meramente virtual, pelo estigma: “Embora qualificada, não passa de uma mulher”.

¹⁴ MELO, M. de ; NASTARI, M.; MASSULA, L. A participação da mulher na magistratura brasileira. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, vol.6, n.70. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_70/sumario70.htm> Acesso em: 03 mai. 2005.

Em 1999, o percentual de magistradas na Justiça Comum, Federal e do Trabalho em 1º grau era de 31,08%, enquanto que nos respectivos Tribunais – Tribunal de Justiça, Tribunal de Alçada, Tribunal Regional Federal e Tribunal Regional de Trabalho – ou seja, em 2º grau o percentual de juizas que atuavam caiu para 12,89%.

Seja na Justiça Federal, do Trabalho ou na Justiça Comum o percentual de participação da mulher decai da instância inferior para a superior.

Pode se afirmar que a presença das mulheres na 1ª instância é mais significativa do que aquela verificada no grau superior.

Um das hipóteses possíveis para esta acentuada diferença reside na forma de provimento dos cargos de cúpula do Poder Judiciário que ocorre por meio de nomeação, ou melhor, escolha política, enquanto que em 1º grau ocorre por intermédio de concurso público e em 2º grau de jurisdição através de concurso de promoção na carreira e de uma lista tríplice elaborada pela própria cúpula do Tribunal e encaminhada para a escolha e nomeação do Governador.

Mais especificamente nos casos dos Tribunais de 2º grau, para cargos preenchidos via concurso, outra hipótese que justificaria o número baixo de mulheres está ligado ao fato da magistratura ser uma carreira lenta e o principal critério utilizado nos concursos para promoção ser o da antiguidade.

Ademais, o ingresso das mulheres na magistratura aconteceu recentemente. No Estado de São Paulo em 1980 e no Rio Grande do Sul em 1973, o que justifica o fato delas ainda não terem ingressado nos tribunais por promoção na própria carreira.

Dos dados disponíveis se destacam informações que despertam a atenção e que causam até estranheza.

Analisando as informações dos Tribunais de Justiça, em 1999, no que se refere ao número de desembargadoras, verificou-se que entre os Estados com maior percentual de desembargadoras foram o das regiões norte e nordeste do país.

No Estado do Pará, neste mesmo ano, a diferença chega a tal ponto que a porcentagem de desembargadoras era de 56%, enquanto que no Estado de São Paulo o percentual era de apenas 0,77%.

Em 2003, esse quadro não teve grandes mudanças. No Pará o percentual aumentou chegando aos 70%. Já no Estado de São Paulo não ocorreu nenhuma alteração.

Em alguns Estados, em 2003, nos Tribunais de Justiça a participação da mulher é inexistente, como nos Estados do Amapá, Espírito Santo e Roraima.

Esses dados causam estranheza, pois os Estados do norte e nordeste são tradicionalmente reconhecidos por uma cultura patriarcal mais arraigada que os Estados do sul e sudeste do país ditos “avançados” em matéria de reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres.

Observa-se ainda que é maior a participação da mulher na Justiça do Trabalho em 1º grau onde as mulheres representam quase metade do quadro de magistrados, porém no TST o espaço ainda é reduzido. Em 2004, havia apenas uma entre os dezessete cargos providos pelo Tribunal (5,88%).

No Supremo Tribunal Federal, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), Superior Tribunal Militar (STM), no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e no Tribunal Superior do Trabalho (TST), a participação da mulher é ínfima e em alguns casos inexistente a exemplo no STM e no TSE.

Dados de 2004 mostram que a participação feminina no STF era 9,09%, no STJ 12,12% e no TST 5,88%

Em regra, quanto mais se aproxima da cúpula do Poder Judiciário, a função judicante é desempenhada majoritariamente por homens.

Nunca, o STF desde a sua criação 1828 havia tido uma mulher em sua composição. A hegemonia masculina na mais alta corte do país que é composta por 11 (onze) Ministros só foi quebrada no ano de 2000, quando Ellen Gracie Northfleet¹⁵ foi nomeada pelo Presidente da República a compor o quadro de Ministros do STF. Em 2006, a ministra vai conquistar um novo título, será a primeira mulher a presidir o Supremo.

¹⁵ Fonte: www.stf.gov.br

Já o STJ que é composto por 33 (trinta e três) desembargadores, apenas, quatro são mulheres: Laurita Hilário Vaz, Fátima Nancy Andrigui e Eliana Calmon Alves e Denise Martins Arruda¹⁶.

No topo da magistratura da Justiça do Trabalho, no TST, que é composto por 27 (vinte e sete) Ministros, se tem a presença da Ministra Maria Cristina Peduzzi¹⁷.

4.5 Sistema de cotas e constitucionalidade

A Constituição determinou a igualdade de direito entre homens e mulheres em direitos e obrigações no disposto do artigo 5º, I, onde não apenas aboliu essa discriminação, mas também por meio de diversos dispositivos antidiscriminatórios, permitiu que se buscassem mecanismos aptos a promover a igualdade entre homens e mulheres.

Por essa razão, recentemente se olvidou através de uma proposta de emenda constitucional nº 7/99¹⁸, uma mudança na forma de nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que interferia diretamente na sua composição, que previa a seguinte ementa:

Altera o artigo 101 da Constituição Federal e dá outras providências (acrescenta parágrafo 2º (segundo) ao citado artigo: as nomeações a que se refere o parágrafo 1º (primeiro) deste artigo obedecerão a critério de alternâncias entre sexos, de modo que não ocorram mais de duas nomeações seguidas de pessoas do mesmo sexo).

Consistia em dizer que sempre que um homem for nomeado, a próxima nomeação deverá contemplar uma mulher.

Porém essa proposta ficava restrita a aplicação no STF, deixando a margem de uma disciplina nesse sentido os demais Tribunais.

¹⁶ Fonte: www.stj.gov.br

¹⁷ Fonte: www.tst.gov.br

¹⁸ SF PEC 00007/1999, 11 mar. 1999. **Portal Legislativo do Senado Federal**, Brasília. Disponível em: http://legis.senado.gov.br/pls/prodasen.layout_mate_detalhe.show_materi.... Acesso em: 26 jul.2005.

Na verdade, seria mais propício propor uma lei com mecanismos destinados a superar preconceitos não só no STF, mas também no STJ, TST, STM, TSE e nos Tribunais Federais e Estaduais.

A regra a ser adotada, por exemplo, poderia ser aquela que foi utilizada no Tribunal Penal Internacional, que adotou um modelo concreto de seleção de juízes coerente com a equidade de gênero.

O acolhimento dessa tese que defende o aumento da participação das mulheres nos Tribunais Internacionais, que propiciou a escolha da Desembargadora Federal Sylvia Helena Steiner, como uma das juízas desta corte¹⁹.

Ao estabelecer os critérios para escolha dos juízes, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional no artigo 36. 8. a) iii) prevê o que segue:

Artigo 36 - 8. a) Na seleção dos juízes, os Estados Partes ponderarão sobre a necessidade de assegurar que a composição do Tribunal inclua:
i) A representação dos principais sistemas jurídicos do mundo;
ii) Uma representação geográfica equitativa; e
iii) Uma representação justa de juízes do sexo feminino e do sexo masculino; <grifo nosso>

O Tribunal Penal Internacional reconhece a discriminação existente perante a mulher, pois prevê uma representação justa de juízes do sexo feminino e do sexo masculino, desde que preencha os demais requisitos que o Estatuto exige.

Quanto aos questionamentos que viriam a ocorrer quanto a constitucionalidade dessa norma a sua possibilidade de ser válida tem por fundamento que o fator sexo adotado como critério de diferenciação, tem a existência de uma correlação lógica entre o fator de discriminação e a desequiparação procedida.

No caso de adotar uma alternância de nomeação para a composição dos Tribunais para que o ingresso ser de forma igualitária por homens e mulheres se observa uma correlação lógica.

¹⁹ FRIEDRICH, T.S. Prevalência do Direito: Uma juíza brasileira no Tribunal Penal Internacional. **Consultor Jurídico**, São Paulo, fev. 2003. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/7313,1>>. Acesso em: 18 out. 2005.

Isso ocorre porque as mulheres privilegiadas não serão nomeadas apenas por pertencerem a essa minoria, mas sim pelo fato que o fator sexo guarda correspondência com o crivo subjetivo que é submetido a nomeação para figurar na lista de possíveis escolhidos para compor o Tribunal.

Por isso se verifica a importância da inserção da mulher nas políticas públicas para fazê-la chegar à cúpula do Poder Judiciário adotando-se o sistema de cotas para garantir e acelerar este processo.

Dessa forma, é possível concluir que as políticas públicas e privadas de ação afirmativa, desde que obedecida todas as condições jurídicas – razoabilidade, racionalidade, proporcionalidade, previsão constitucional, especificidade, eficiência e temporariedade - e adequadamente desenvolvidas, constituem em excelente ferramenta para a instrumentalização da igualdade.

5 CONCLUSÃO

O tema abordado diz respeito a histórica desigualdade existente entre homens e mulheres.

Os fatores que levam a discriminação e exclusão constituem etapas de um problema único: desigualdade entre homens e mulheres. Que não tem reflexos apenas no Brasil, mas também em outros países como Estados Unidos e na Comunidade Européia.

Assim, as políticas visando combater a discriminação por gênero e os seus efeitos, não podem ficar apenas no campo da mera proibição, mas devem ser objeto de uma atuação positiva, tal como ocorreu na política.

A participação da mulher cresceu de forma significativa na base da carreira na magistratura, o que não refletiu essa realidade na medida em que se observa a proporção nos Tribunais Superiores.

Definiu-se, para efeitos desta investigação que mais uma vez as ações afirmativas tem um importante e relevante papel no trabalho para que a mulher chegue à cúpula do Poder Judiciário.

Assegurar a igualdade às mulheres não quer dizer destinar a desigualdade aos homens, tendo em vista que a inclusão da mulher não implica, obrigatoriamente, na exclusão do homem. Daí a regra limite proposta de alternância entre os sexos nas nomeações para a composição dos Tribunais.

Para implementar o direito para que a mulher tenha maior representatividade nos Tribunais Superiores será necessária uma grande mudança na lei, que será difícil, mas não impossível, pois terão que se encontrar homens e mulheres comprometidos e com vontade de mudança nesse sentido, pois os cargos nos Tribunais que ocorrem por nomeação são eminentemente políticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, L.F.P. de. Mulheres no poder. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.37, p.429-438, out./dez.1998.

ALBUQUERQUE, V. Brasil fica entre países com maior desigualdade entre homens e mulheres, diz pesquisa. **Folha Online Dinheiro**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u96298.shtml>>. Acesso em: 16 mai. 2005.

ALVES, E.C. A mulher magistrada. **Síntese Trabalhista**, Porto Alegre, v.7, n.87, p.122-123, set.1996.

ARAGÃO, S. Vencendo barreiras. **Mérito**, Brasília, v.1, n.4, p. 12-14, mar.2000.

ASCENSIÓN, E. A jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias sobre a igualdade entre o homem e mulheres. **Revista Trabalhista: direito e processo**. v.2, n.5, p.39-57, jan./mar. 2003.

BARROSO, L.R. Igualdade perante a lei; algumas reflexões. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: n.38, p. 64-79, 1986.

BASTOS, C.R.; SILVA, I.G.da. **Comentários à Constituição do Brasil**. v.2, São Paulo: Saraiva, 1989.

BRANCO, P.G.G. Ação afirmativa e direito constitucional. **Direito Público**, Porto Alegre, v.1, n.1, p. 131-140, jul./set. 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CARRAZA, R.A. O princípio da igualdade. **Justitia**, v.37, n.90, p. 337-341, jul./set. 1975.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DUARTE, N. O princípio da igualdade perante a lei. **Revista Forense**, v.51, n.156, p. 7-14, no./dez. 1954.

FERREIRA FILHO, M.G. Aspectos jurídicos das ações afirmativas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Rio de Janeiro, v.69, n.2, p. 72-79, jul./dez. 2003.

FRANCO, H.P.P. A política de cotas para mulheres no Legislativo, o feminismo e as ações afirmativas. **Revista da Administração Pública**, n.38, p. 1109-1122, nov./dez. 2004.

FRIEDRICH, T.S. Prevalência do Direito: Uma juíza brasileira no Tribunal Penal Internacional. **Consultor Jurídico**, São Paulo, fev. 2003. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/7313,1>>. Acesso em: 18 out. 2005.

GOMES, J.B.B. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.38, n.151, p. 129-152, jul./set. 2001.

MASCHIO, J.J. Eficácia/ineficácia do sistema de cotas para as mulheres. **Resenha Eleitoral: nova série**, Florianópolis, v.10, n.1, p. 11-62, jan./jun. 2003.

MAZZUOLI, V. O. de. **Coletânea de Direito Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELO, M.de. O princípio da igualdade à luz das ações afirmativas: o enfoque da discriminação positiva. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v.6, n.25, out./dez. 1998.

_____. MELO, M. de ; NASTARI, M.; MASSULA, L. A participação da mulher na magistratura brasileira. **Revista Jurídica Virtual** .Brasília, vol.6, n.70. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_70/sumario70.htm> Acesso em: 03 mai. 2005.

MELLO, C.A.B. de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed., 4ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 1997.

_____.Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n.1, p.79-83, 1993.

MENEZES, P.L. de. **A ação afirmativa (Affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Ação afirmativa: os modelos jurídicos internacionais e a experiência brasileira. **Revista dos Tribunais**, Brasília, v.92, n.816, p. 39-61, out. 2003.

PINHO, L.O. de. **Princípio da Igualdade: investigação nas perspectiva de gênero**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

RAMOS, E.S.da. Direito a igualdade formal e real. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.79, n.651, p. 52-54, jan. 1990.

RELATÓRIO DA COMISSÃO EXTERNA DA FEMINIZAÇÃO DA POBREZA. **Ano da Mulher – Senado Federal**, Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/anodamulher/destaques/relatorio_cd.asp>. Acesso em: 26 jul. 2005.

ROCHA, C.L.A. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, Belo Horizonte, n.15, p. 85-99, 1996.

ROSA, E.L.P. de. Aspectos do princípio da igualdade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 18, n.71, p.177-186, jul./set. 1981.

SF PEC 00007/1999, 11 mar. 1999. **Portal Legislativo do Senado Federal**, Brasília. Disponível em: [http://legis.senado.gov.br/pls/prodasen.layout_mate_detalhe.show_materi...>](http://legis.senado.gov.br/pls/prodasen.layout_mate_detalhe.show_materi...) Acesso em: 26 jul.2005

SILVA, A. V. O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, a.7, n.60, nov.202. Disponível em: <http://ww1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3479>>. Acesso em: 11 mar. 2005.

SILVA, F.D.L.L.da. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. In: Seminário Internacional as Minorias e o Direito, **Série Cadernos do CEJ**, Brasília: Conselho da Justiça Federal, p. 124-153, 2003.

SILVA JUNIOR, H. O princípio da igualdade e os direitos de igualdade na Constituição de 1988. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, v.10, n.38, p.168-191, jan./mar. 2002.

SILVA, J.A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

TEIXEIRA, G. **Jornal do Magistrado**. De toga e batom, Brasília, p. 4-5, n.71, out./nov. 2003.

TOBAK, F. **Mulheres Públicas**: Participação Política e Poder. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2002.

XXXI ASSEMBLÉIA DE DELEGADAS DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE MULHERES, 31.,2002, Punta Cana, **Relatório Nacional Brasileiro Sobre a Situação da Mulher**. Brasília, Ministério das Relações Exteriores, 2002. 16p.

ANEXO

Anexo A – Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional

ANEXO A – Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional^{20 21}

Capítulo IV COMPOSIÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DO TRIBUNAL

Artigo 34 Órgãos do Tribunal

O Tribunal será composto pelos seguintes órgãos:

- a) A Presidência;
- b) Uma Seção de Recursos, uma Seção de Julgamento em Primeira Instância e uma Seção de Instrução;
- c) O Gabinete do Procurador;
- d) A Secretaria.

Artigo 35 Exercício das Funções de Juiz

1. Os juízes serão eleitos membros do Tribunal para exercer funções em regime de exclusividade e deverão estar disponíveis para desempenhar o respectivo cargo desde o início do seu mandato.
2. Os juízes que comporão a Presidência desempenharão as suas funções em regime de exclusividade desde a sua eleição.
3. A Presidência poderá, em função do volume de trabalho do Tribunal, e após consulta dos seus membros, decidir periodicamente em que medida é que será necessário que os restantes juízes desempenhem as suas funções em regime de exclusividade. Estas decisões não prejudicarão o disposto no artigo 40.
4. Os ajustes de ordem financeira relativos aos juízes que não tenham de exercer os respectivos cargos em regime de exclusividade serão adotadas em conformidade com o disposto no artigo 49.

²⁰ Assinado em Roma, em 17.07.1998. Foi aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 112, de 06.06.2002, e promulgado pelo Decreto 4.388, de 25.09.2002. Depósito da Carta de Ratificação em 20.06.2002. Entrada em vigor internacional em 01.07.2002.

²¹ Fragmento relacionado com o assunto abordado no presente estudo. Fonte principal: Disponível em: http://www.mj.gov.br/sal/tpi/decreto_capIV.htm Acesso em: 27 out. 2005

Artigo 36

Qualificações, Candidatura e Eleição dos Juízes

1. Sob reserva do disposto no parágrafo 2º, o Tribunal será composto por 18 juízes.

2. a) A Presidência, agindo em nome do Tribunal, poderá propor o aumento do número de juízes referido no parágrafo 1º fundamentando as razões pelas quais considera necessária e apropriada tal medida. O Secretário comunicará imediatamente a proposta a todos os Estados Partes;

b) A proposta será seguidamente apreciada em sessão da Assembléia dos Estados Partes convocada nos termos do artigo 112 e deverá ser considerada adotada se for aprovada na sessão por maioria de dois terços dos membros da Assembléia dos Estados Partes; a proposta entrará em vigor na data fixada pela Assembléia dos Estados Partes;

c) i) Logo que seja aprovada a proposta de aumento do número de juízes, de acordo com o disposto na alínea b), a eleição dos juízes adicionais terá lugar no período seguinte de sessões da Assembléia dos Estados Partes, nos termos dos parágrafos 3º a 8º do presente artigo e do parágrafo 2º do artigo 37;

ii) Após a aprovação e a entrada em vigor de uma proposta de aumento do número de juízes, de acordo com o disposto nas alíneas b) e c) i), a Presidência poderá, a qualquer momento, se o volume de trabalho do Tribunal assim o justificar, propor que o número de juízes seja reduzido, mas nunca para um número inferior ao fixado no parágrafo 1º. A proposta será apreciada de acordo com o procedimento definido nas alíneas a) e b). Caso a proposta seja aprovada, o número de juízes será progressivamente reduzido, à medida que expirem os mandatos e até que se alcance o número previsto.

3. a) Os juízes serão eleitos dentre pessoas de elevada idoneidade moral, imparcialidade e integridade, que reúnam os requisitos para o exercício das mais altas funções judiciais nos seus respectivos países.

b) Os candidatos a juízes deverão possuir:

i) Reconhecida competência em direito penal e direito processual penal e a necessária experiência em processos penais na qualidade de juiz, procurador, advogado ou outra função semelhante; ou

ii) Reconhecida competência em matérias relevantes de direito internacional, tais como o direito internacional humanitário e os direitos humanos, assim como vasta experiência em profissões jurídicas com relevância para a função judicial do Tribunal;

c) Os candidatos a juízes deverão possuir um excelente conhecimento e serem fluentes em, pelo menos, uma das línguas de trabalho do Tribunal.

4. a) Qualquer Estado Parte no presente Estatuto poderá propor candidatos às eleições para juiz do Tribunal mediante:

i) O procedimento previsto para propor candidatos aos mais altos cargos judiciais do país; ou

ii) O procedimento previsto no Estatuto da Corte Internacional de Justiça para propor candidatos a esse Tribunal.

As propostas de candidatura deverão ser acompanhadas de uma exposição detalhada comprovativa de que o candidato possui os requisitos enunciados no parágrafo 3º;

b) Qualquer Estado Parte poderá apresentar uma candidatura de uma pessoa que não tenha necessariamente a sua nacionalidade, mas que seja nacional de um Estado Parte;

c) A Assembléia dos Estados Partes poderá decidir constituir, se apropriado, uma Comissão consultiva para o exame das candidaturas, neste caso, a Assembléia dos Estados Partes determinará a composição e o mandato da Comissão.

5. Para efeitos da eleição, serão estabelecidas duas listas de candidatos:

A lista A, com os nomes dos candidatos que reúnam os requisitos enunciados na alínea b) i) do parágrafo 3º; e

A lista B, com os nomes dos candidatos que reúnam os requisitos enunciados na alínea b) ii) do parágrafo 3º.

O candidato que reúna os requisitos constantes de ambas as listas, poderá escolher em qual delas deseja figurar. Na primeira eleição de membros do Tribunal, pelo menos nove juízes serão eleitos entre os candidatos da lista A e pelo menos cinco entre os candidatos da lista B. As eleições subseqüentes serão organizadas por forma a que se mantenha no Tribunal uma proporção equivalente de juízes de ambas as listas.

6. a) Os juízes serão eleitos por escrutínio secreto, em sessão da Assembléia dos Estados Partes convocada para esse efeito, nos termos do artigo 112. Sob reserva do disposto no parágrafo 7, serão eleitos os 18 candidatos que obtenham o maior número de votos e uma maioria de dois terços dos Estados Partes presentes e votantes;

b) No caso em que da primeira votação não resulte eleito um número suficiente de juízes, proceder-se-á a nova votação, de acordo com os procedimentos estabelecidos na alínea a), até provimento dos lugares restantes.

7. O Tribunal não poderá ter mais de um juiz nacional do mesmo Estado. Para este efeito, a pessoa que for considerada nacional de mais de um Estado será considerada nacional do Estado onde exerce habitualmente os seus direitos civis e políticos.

8. a) Na seleção dos juízes, os Estados Partes ponderarão sobre a necessidade de assegurar que a composição do Tribunal inclua:

i) A representação dos principais sistemas jurídicos do mundo;

ii) Uma representação geográfica eqüitativa; e

iii) Uma representação justa de juízes do sexo feminino e do sexo masculino;

b) Os Estados Partes levarão igualmente em consideração a necessidade de assegurar a presença de juízes especializados em determinadas matérias incluindo, entre outras, a violência contra mulheres ou crianças.

9. a) Salvo o disposto na alínea *b*), os juízes serão eleitos por um mandato de nove anos e não poderão ser reeleitos, salvo o disposto na alínea *c*) e no parágrafo 2º do artigo 37;

b) Na primeira eleição, um terço dos juízes eleitos será selecionado por sorteio para exercer um mandato de três anos; outro terço será selecionado, também por sorteio, para exercer um mandato de seis anos; e os restantes exercerão um mandato de nove anos;

c) Um juiz selecionado para exercer um mandato de três anos, em conformidade com a alínea *b*), poderá ser reeleito para um mandato completo.

10. Não obstante o disposto no parágrafo 9, um juiz afeto a um Juízo de Julgamento em Primeira Instância ou de Recurso, em conformidade com o artigo 39, permanecerá em funções até à conclusão do julgamento ou do recurso dos casos que tiver a seu cargo.

Artigo 37 **Vagas**

1. Caso ocorra uma vaga, realizar-se-á uma eleição para o seu provimento, de acordo com o artigo 36.

2. O juiz eleito para prover uma vaga, concluirá o mandato do seu antecessor e, se esse período for igual ou inferior a três anos, poderá ser reeleito para um mandato completo, nos termos do artigo 36.

Artigo 38 **A Presidência**

1. O Presidente, o Primeiro Vice-Presidente e o Segundo Vice-Presidente serão eleitos por maioria absoluta dos juízes. Cada um desempenhará o respectivo

cargo por um período de três anos ou até ao termo do seu mandato como juiz, conforme o que expirar em primeiro lugar. Poderão ser reeleitos uma única vez.

2. O Primeiro Vice-Presidente substituirá o Presidente em caso de impossibilidade ou recusa deste. O Segundo Vice-Presidente substituirá o Presidente em caso de impedimento ou recusa deste ou do Primeiro Vice-Presidente.

3. O Presidente, o Primeiro Vice-Presidente e o Segundo Vice-Presidente constituirão a Presidência, que ficará encarregada:

a) Da adequada administração do Tribunal, com exceção do Gabinete do Procurador; e

b) Das restantes funções que lhe forem conferidas de acordo com o presente Estatuto.

4. Embora eximindo-se da sua responsabilidade nos termos do parágrafo 3º a), a Presidência atuará em coordenação com o Gabinete do Procurador e deverá obter a aprovação deste em todos os assuntos de interesse comum.

Artigo 39 **Juízos**

1. Após a eleição dos juízes e logo que possível, o Tribunal deverá organizar-se nas seções referidas no artigo 34 b). A Seção de Recursos será composta pelo Presidente e quatro juízes, a Seção de Julgamento em Primeira Instância por, pelo menos, seis juízes e a Seção de Instrução por, pelo menos, seis juízes. Os juízes serão adstritos às Seções de acordo com a natureza das funções que corresponderem a cada um e com as respectivas qualificações e experiência, por forma a que cada Seção disponha de um conjunto adequado de especialistas em direito penal e processual penal e em direito internacional. A Seção de Julgamento em Primeira Instância e a Seção de Instrução serão predominantemente compostas por juízes com experiência em processo penal.

2. a) As funções judiciais do Tribunal serão desempenhadas em cada Seção pelos juízos.

b) i) O Juízo de Recursos será composto por todos os juízes da Seção de Recursos;

ii) As funções do Juízo de Julgamento em Primeira Instância serão desempenhadas por três juízes da Seção de Julgamento em Primeira Instância;

iii) As funções do Juízo de Instrução serão desempenhadas por três juízes da Seção de Instrução ou por um só juiz da referida Seção, em conformidade com o presente Estatuto e com o Regulamento Processual;

c) Nada no presente número obstará a que se constituam simultaneamente mais de um Juízo de Julgamento em Primeira Instância ou Juízo de Instrução, sempre que a gestão eficiente do trabalho do Tribunal assim o exigir.

3. a) Os juízes adstritos às Seções de Julgamento em Primeira Instância e de Instrução desempenharão o cargo nessas Seções por um período de três anos ou, decorrido esse período, até à conclusão dos casos que lhes tenham sido cometidos pela respectiva Seção;

b) Os juízes adstritos à Seção de Recursos desempenharão o cargo nessa Seção durante todo o seu mandato.

4. Os juízes adstritos à Seção de Recursos desempenharão o cargo unicamente nessa Seção. Nada no presente artigo obstará a que sejam adstritos temporariamente juízes da Seção de Julgamento em Primeira Instância à Seção de Instrução, ou inversamente, se a Presidência entender que a gestão eficiente do trabalho do Tribunal assim o exige; porém, o juiz que tenha participado na fase instrutória não poderá, em caso algum, fazer parte do Juízo de Julgamento em Primeira Instância encarregado do caso.

Artigo 40 **Independência dos Juízes**

1. Os juízes serão independentes no desempenho das suas funções.

2. Os juízes não desenvolverão qualquer atividade que possa ser incompatível com o exercício das suas funções judiciais ou prejudicar a confiança na sua independência.

3. Os juízes que devam desempenhar os seus cargos em regime de exclusividade na sede do Tribunal não poderão ter qualquer outra ocupação de natureza profissional.

4. As questões relativas à aplicação dos parágrafos 2º e 3º serão decididas por maioria absoluta dos juízes. Nenhum juiz participará na decisão de uma questão que lhe diga respeito.

Artigo 41 **Impedimento e Desqualificação de Juízes**

1. A Presidência poderá, a pedido de um juiz, declarar seu impedimento para o exercício de alguma das funções que lhe confere o presente Estatuto, em conformidade com o Regulamento Processual.

2. a) Nenhum juiz pode participar num caso em que, por qualquer motivo, seja posta em dúvida a sua imparcialidade. Será desqualificado, em conformidade com o disposto neste número, entre outras razões, se tiver intervindo anteriormente, a qualquer título, em um caso submetido ao Tribunal ou em um procedimento criminal conexo em nível nacional que envolva a pessoa objeto de inquérito ou procedimento criminal. Pode ser igualmente desqualificado por qualquer outro dos motivos definidos no Regulamento Processual;

b) O Procurador ou a pessoa objeto de inquérito ou procedimento criminal poderá solicitar a desqualificação de um juiz em virtude do disposto no presente número;

c) As questões relativas à desqualificação de juízes serão decididas por maioria absoluta dos juízes. O juiz cuja desqualificação for solicitada, poderá pronunciar-se sobre a questão, mas não poderá tomar parte na decisão.

Artigo 42

O Gabinete do Procurador

1. O Gabinete do Procurador atuará de forma independente, enquanto órgão autônomo do Tribunal. Competir-lhe-á recolher comunicações e qualquer outro tipo de informação, devidamente fundamentada, sobre crimes da competência do Tribunal, a fim de os examinar e investigar e de exercer a ação penal junto ao Tribunal. Os membros do Gabinete do Procurador não solicitarão nem cumprirão ordens de fontes externas ao Tribunal.

2. O Gabinete do Procurador será presidido pelo Procurador, que terá plena autoridade para dirigir e administrar o Gabinete do Procurador, incluindo o pessoal, as instalações e outros recursos. O Procurador será coadjuvado por um ou mais Procuradores-Adjuntos, que poderão desempenhar qualquer uma das funções que incumbam àquele, em conformidade com o disposto no presente Estatuto. O Procurador e os Procuradores-Adjuntos terão nacionalidades diferentes e desempenharão o respectivo cargo em regime de exclusividade.

3. O Procurador e os Procuradores-Adjuntos deverão ter elevada idoneidade moral, elevado nível de competência e vasta experiência prática em matéria de processo penal. Deverão possuir um excelente conhecimento e serem fluentes em, pelo menos, uma das línguas de trabalho do Tribunal.

4. O Procurador será eleito por escrutínio secreto e por maioria absoluta de votos dos membros da Assembléia dos Estados Partes. Os Procuradores-Adjuntos serão eleitos da mesma forma, de entre uma lista de candidatos apresentada pelo

Procurador. O Procurador proporá três candidatos para cada cargo de Procurador-Adjunto a prover. A menos que, ao tempo da eleição, seja fixado um período mais curto, o Procurador e os Procuradores-Adjuntos exercerão os respectivos cargos por um período de nove anos e não poderão ser reeleitos.

5. O Procurador e os Procuradores-Adjuntos não deverão desenvolver qualquer atividade que possa interferir com o exercício das suas funções ou afetar a confiança na sua independência e não poderão desempenhar qualquer outra função de caráter profissional.

6. A Presidência poderá, a pedido do Procurador ou de um Procurador-Adjunto, escusá-lo de intervir num determinado caso.

7. O Procurador e os Procuradores-Adjuntos não poderão participar em qualquer processo em que, por qualquer motivo, a sua imparcialidade possa ser posta em causa. Serão recusados, em conformidade com o disposto no presente número, entre outras razões, se tiverem intervindo anteriormente, a qualquer título, num caso submetido ao Tribunal ou num procedimento crime conexo em nível nacional, que envolva a pessoa objeto de inquérito ou procedimento criminal.

8. As questões relativas à recusa do Procurador ou de um Procurador-Adjunto serão decididas pelo Juízo de Recursos.

a) A pessoa objeto de inquérito ou procedimento criminal poderá solicitar, a todo o momento, a recusa do Procurador ou de um Procurador-Adjunto, pelos motivos previstos no presente artigo;

b) O Procurador ou o Procurador-Adjunto, segundo o caso, poderão pronunciar-se sobre a questão.

9. O Procurador nomeará assessores jurídicos especializados em determinadas áreas incluindo, entre outras, as da violência sexual ou violência por motivos relacionados com a pertença a um determinado gênero e da violência contra as crianças.

Artigo 43

A Secretaria

1. A Secretaria será responsável pelos aspectos não judiciais da administração e do funcionamento do Tribunal, sem prejuízo das funções e atribuições do Procurador definidas no artigo 42.

2. A Secretaria será dirigida pelo Secretário, principal responsável administrativo do Tribunal. O Secretário exercerá as suas funções na dependência do Presidente do Tribunal.

3. O Secretário e o Secretário-Adjunto deverão ser pessoas de elevada idoneidade moral e possuir um elevado nível de competência e um excelente conhecimento e domínio de, pelo menos, uma das línguas de trabalho do Tribunal.

4. Os juízes elegerão o Secretário em escrutínio secreto, por maioria absoluta, tendo em consideração as recomendações da Assembléia dos Estados Partes. Se necessário, elegerão um Secretário-Adjunto, por recomendação do Secretário e pela mesma forma.

5. O Secretário será eleito por um período de cinco anos para exercer funções em regime de exclusividade e só poderá ser reeleito uma vez. O Secretário-Adjunto será eleito por um período de cinco anos, ou por um período mais curto se assim o decidirem os juízes por deliberação tomada por maioria absoluta, e exercerá as suas funções de acordo com as exigências de serviço.

6. O Secretário criará, no âmbito da Secretaria, uma Unidade de Apoio às Vítimas e Testemunhas. Esta Unidade, em conjunto com o Gabinete do Procurador, adotará medidas de proteção e dispositivos de segurança e prestará assessoria e outro tipo de assistência às testemunhas e vítimas que compareçam perante o Tribunal e a outras pessoas ameaçadas em virtude do testemunho prestado por aquelas. A Unidade incluirá pessoal especializado para atender as vítimas de traumas, nomeadamente os relacionados com crimes de violência sexual.

Artigo 44 O Pessoal

1. O Procurador e o Secretário nomearão o pessoal qualificado necessário aos respectivos serviços, nomeadamente, no caso do Procurador, o pessoal encarregado de efetuar diligências no âmbito do inquérito.

2. No tocante ao recrutamento de pessoal, o Procurador e o Secretário assegurarão os mais altos padrões de eficiência, competência e integridade, tendo em consideração, *mutatis mutandis*, os critérios estabelecidos no parágrafo 8 do artigo 36.

3. O Secretário, com o acordo da Presidência e do Procurador, proporá o Estatuto do Pessoal, que fixará as condições de nomeação, remuneração e cessação de

funções do pessoal do Tribunal. O Estatuto do Pessoal será aprovado pela Assembléia dos Estados Partes.

4. O Tribunal poderá, em circunstâncias excepcionais, recorrer aos serviços de pessoal colocado à sua disposição, a título gratuito, pelos Estados Partes, organizações intergovernamentais e organizações não governamentais, com vista a colaborar com qualquer um dos órgãos do Tribunal. O Procurador poderá anuir a tal eventualidade em nome do Gabinete do Procurador. A utilização do pessoal disponibilizado a título gratuito ficará sujeita às diretivas estabelecidas pela Assembléia dos Estados Partes.

Artigo 45 Compromisso Solene

Antes de assumir as funções previstas no presente Estatuto, os juízes, o Procurador, os Procuradores-Adjuntos, o Secretário e o Secretário-Adjunto declararão solenemente, em sessão pública, que exercerão as suas funções imparcial e conscienciosamente.

Artigo 46 Cessação de Funções

1. Um Juiz, o Procurador, um Procurador-Adjunto, o Secretário ou o Secretário-Adjunto cessará as respectivas funções, por decisão adotada de acordo com o disposto no parágrafo 2º, nos casos em que:

- a) Se conclua que a pessoa em causa incorreu em falta grave ou incumprimento grave das funções conferidas pelo presente Estatuto, de acordo com o previsto no Regulamento Processual; ou
- b) A pessoa em causa se encontre impossibilitada de desempenhar as funções definidas no presente Estatuto.

2. A decisão relativa à cessação de funções de um juiz, do Procurador ou de um Procurador-Adjunto, de acordo com o parágrafo 1º, será adotada pela Assembléia dos Estados Partes em escrutínio secreto:

- a) No caso de um juiz, por maioria de dois terços dos Estados Partes, com base em recomendação adotada por maioria de dois terços dos restantes juízes;
- b) No caso do Procurador, por maioria absoluta dos Estados Partes;
- c) No caso de um Procurador-Adjunto, por maioria absoluta dos Estados Partes, com base na recomendação do Procurador.

3. A decisão relativa à cessação de funções do Secretário ou do Secretário-Adjunto, será adotada por maioria absoluta de votos dos juízes.

4. Os juízes, o Procurador, os Procuradores-Adjuntos, o Secretário ou o Secretário-Adjunto, cuja conduta ou idoneidade para o exercício das funções inerentes ao cargo em conformidade com o presente Estatuto tiver sido contestada ao abrigo do presente artigo, terão plena possibilidade de apresentar e obter meios de prova e produzir alegações de acordo com o Regulamento Processual; não poderão, no entanto, participar, de qualquer outra forma, na apreciação do caso.

Artigo 47

Medidas Disciplinares

Os juízes, o Procurador, os Procuradores-Adjuntos, o Secretário ou o Secretário-Adjunto que tiverem cometido uma falta menos grave que a prevista no parágrafo 1º do artigo 46 incorrerão em responsabilidade disciplinar nos termos do Regulamento Processual.

Artigo 48

Privilégios e Imunidades

1. O Tribunal gozará, no território dos Estados Partes, dos privilégios e imunidades que se mostrem necessários ao cumprimento das suas funções.

2. Os juízes, o Procurador, os Procuradores-Adjuntos e o Secretário gozarão, no exercício das suas funções ou em relação a estas, dos mesmos privilégios e imunidades reconhecidos aos chefes das missões diplomáticas, continuando a usufruir de absoluta imunidade judicial relativamente às suas declarações, orais ou escritas, e aos atos que pratiquem no desempenho de funções oficiais após o termo do respectivo mandato.

3. O Secretário-Adjunto, o pessoal do Gabinete do Procurador e o pessoal da Secretaria gozarão dos mesmos privilégios e imunidades e das facilidades necessárias ao cumprimento das respectivas funções, nos termos do acordo sobre os privilégios e imunidades do Tribunal.

4. Os advogados, peritos, testemunhas e outras pessoas, cuja presença seja requerida na sede do Tribunal, beneficiarão do tratamento que se mostre necessário ao funcionamento adequado deste, nos termos do acordo sobre os privilégios e imunidades do Tribunal.

5. Os privilégios e imunidades poderão ser levantados:

- a) No caso de um juiz ou do Procurador, por decisão adotada por maioria absoluta dos juízes;
- b) No caso do Secretário, pela Presidência;
- c) No caso dos Procuradores-Adjuntos e do pessoal do Gabinete do Procurador, pelo Procurador;
- d) No caso do Secretário-Adjunto e do pessoal da Secretaria, pelo Secretário.

Artigo 49 **Vencimentos, Subsídios e Despesas**

Os juízes, o Procurador, os Procuradores-Adjuntos, o Secretário e o Secretário-Adjunto auferirão os vencimentos e terão direito aos subsídios e ao reembolso de despesas que forem estabelecidos em Assembléia dos Estados Partes. Estes vencimentos e subsídios não serão reduzidos no decurso do mandato.

Artigo 50 **Línguas Oficiais e Línguas de Trabalho**

1. As línguas árabe, chinesa, espanhola, francesa, inglesa e russa serão as línguas oficiais do Tribunal. As sentenças proferidas pelo Tribunal, bem como outras decisões sobre questões fundamentais submetidas ao Tribunal, serão publicadas nas línguas oficiais. A Presidência, de acordo com os critérios definidos no Regulamento Processual, determinará quais as decisões que poderão ser consideradas como decisões sobre questões fundamentais, para os efeitos do presente parágrafo.

2. As línguas francesa e inglesa serão as línguas de trabalho do Tribunal. O Regulamento Processual definirá os casos em que outras línguas oficiais poderão ser usadas como línguas de trabalho.

3. A pedido de qualquer Parte ou qualquer Estado que tenha sido admitido a intervir num processo, o Tribunal autorizará o uso de uma língua que não seja a francesa ou a inglesa, sempre que considere que tal autorização se justifica.

Artigo 51 **Regulamento Processual**

1. O Regulamento Processual entrará em vigor mediante a sua aprovação por uma maioria de dois terços dos votos dos membros da Assembléia dos Estados Partes.
2. Poderão propor alterações ao Regulamento Processual:
 - a) Qualquer Estado Parte;
 - b) Os juízes, por maioria absoluta; ou
 - c) O Procurador.

Estas alterações entrarão em vigor mediante a aprovação por uma maioria de dois terços dos votos dos membros da Assembléia dos Estados partes.

3. Após a aprovação do Regulamento Processual, em casos urgentes em que a situação concreta suscitada em Tribunal não se encontre prevista no Regulamento Processual, os juízes poderão, por maioria de dois terços, estabelecer normas provisórias a serem aplicadas até que a Assembléia dos Estados Partes as aprove, altere ou rejeite na sessão ordinária ou extraordinária seguinte.

4. O Regulamento Processual, e respectivas alterações, bem como quaisquer normas provisórias, deverão estar em consonância com o presente Estatuto. As alterações ao Regulamento Processual, assim como as normas provisórias aprovadas em conformidade com o parágrafo 3º, não serão aplicadas com carácter retroativo em detrimento de qualquer pessoa que seja objeto de inquérito ou de procedimento criminal, ou que tenha sido condenada.

5. Em caso de conflito entre as disposições do Estatuto e as do Regulamento Processual, o Estatuto prevalecerá.

Artigo 52 **Regimento do Tribunal**

1. De acordo com o presente Estatuto e com o Regulamento Processual, os juízes aprovarão, por maioria absoluta, o Regimento necessário ao normal funcionamento do Tribunal.

2. O Procurador e o Secretário serão consultados sobre a elaboração do Regimento ou sobre qualquer alteração que lhe seja introduzida.

3. O Regimento do Tribunal e qualquer alteração posterior entrarão em vigor mediante a sua aprovação, salvo decisão em contrário dos juízes. Imediatamente após a adoção, serão circulados pelos Estados Partes para observações e continuarão em vigor se, dentro de seis meses, não forem formuladas objeções pela maioria dos Estados Partes.