

AÇÕES AFIRMATIVAS: ASPECTOS GERAIS

Jair Brandão Junior¹

Sérgio Tibiriçá Amaral²

Resumo: O presente estudo destina-se a demonstrar algumas das principais facetas que envolvem um tema tão grandioso, como o da Ação Afirmativa, fixando alguns pontos determinantes, desenvolvendo discussões doutrinárias, bem como trazendo as principais críticas realizadas pela doutrina.

Palavra-chave: Igualdade. Ações Afirmativas. Direito de minorias. Passado discriminatório.

1 INTRODUÇÃO

O estudo a seguir destina-se a demonstrar alguns pontos relevantes das ações afirmativas, destacando o seu papel perante nossa sociedade, bem como trazer algumas das principais críticas efetuadas pela doutrina, no que tanga a utilização de quotas nas nossas universidades, sistema este que é a maior exteriorização das ações afirmativas em nossa sociedade.

Tal estudo visa também, demonstrar a natureza da justiça trazida pela utilização das ações afirmativas: distributiva ou compensatória.

2 SURGIMENTO

A ação afirmativa surgiu nos Estados Unidos, sendo o Presidente John F. Kennedy o primeiro a utilizar a expressão em um texto oficial, em 1961, ao propor

¹ Aluno do 4º C do Curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP.

² Jornalista; Mestre em Direito Constitucional; Professor de Teoria Geral do Estado e Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. E-mail: sergio@unitoledo.br

medidas que tinham por objetivo ampliar a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho. Seu sucessor, Lyndon B. Johnson, tratou de dar ao termo um sentido mais próximo daquele que veio a ser posteriormente consagrado no meio jurídico.

O caso *Brow v. Board of Education of Topeka (1.954)*, foi uma das decisões mais importantes da corte suprema dos Estados Unidos. Nele se julgou que instalações educacionais separadas (como ocorria na época) são intrinsecamente desiguais. Julgados sucessivos acabaram com discriminações que haviam em outros locais, como por exemplo, nos restaurantes americanos.

3 CONCEITO

Ação afirmativa é um termo de amplo alcance que designa o conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas. São medidas especiais que buscam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que eles sejam neutralizados, o que se realiza por meio de providências efetivas em favor de categorias que se encontram em posições desvantajosas.

Em outras palavras, Ação Afirmativa é a utilização de mecanismos de proteção e favorecimento aos que necessitem de uma especial tutela, como uma forma de superação das diversas desigualdades existentes em uma sociedade.

Lapidares são os ensinamentos de André Ramos Tavares:

Ações Afirmativas são medidas privadas ou políticas públicas objetivando beneficiar determinados segmentos da sociedade, sob o fundamento de lhes falecerem as mesmas condições de competição em virtude de terem sofrido discriminações ou injustiças históricas. Só se confirmam como ações afirmativas legítimas até alcançarem o objetivo almejado e constituírem um patamar de neutralidade relativamente a este grupo. Não se trata de mera ação compensatória (por perdas já ocorridas), mas de verdadeira concessão de preferências, de benefícios (atuais e com objetivo certo: incremento das oportunidades). (Curso de Direito Constitucional, ED. Saraiva, 2ª Edição, 2003, p. 423)

Como visto, as ações afirmativas constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis como as minorias étnicas e raciais e as mulheres, entre outros grupos.

Insta ressaltar, que o poder Legislativo, costuma dispor sobre o assunto sem apresentar definições.

4 FINALIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

A ação afirmativa tem por finalidade implementar uma igualdade concreta (igualdade material), no plano fático, que a isonomia (igualdade formal), por si só, não consegue proporcionar.

Os programas de ação afirmativa normalmente são encontrados em países que, além de consagrarem a igualdade perante a lei, também reprimem, as práticas mais comuns de discriminação. Até no aspecto temporal, a ação afirmativa normalmente apresenta-se como um terceiro estágio, na correção de distorções sociais.

A busca por essa igualdade real corresponde a uma concentração de esforços para se estabelecer o nivelamento de grupos sociais nos mais variados setores, o que vem a ser efetivado por meios de diversos recursos e técnicas.

Não se pode deixar de reconhecer um argumento utilitarista na base das ações afirmativas. Assim, estas seriam legítimas na medida em que é justo qualquer arranjo que produza maior felicidade a longo prazo para o maior número de pessoas. A maximização do bem-estar coletivo prefere a liberdade individual, e, assim, justifica-se o modelo de ações afirmativas como ônus ou dever social.

A Ação Afirmativa, como medida de política compensatória, adotada para remediar e aliviar as condições resultantes de um passado marcado pela discriminação, cumprem uma finalidade pública decisiva para o projeto democrático. Assegura a diversidade e a pluralidade social. Constitui medidas concretas que

viabilizam o direito a igualdade, transitando-se da igualdade formal para a igualdade substantiva.

5 DA SUA APLICAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Dentre os instrumentos que a doutrina assinala como integrantes das denominadas ações afirmativas, tem-se: o sistema de quotas; o sistema de metas (visando obter uma futura proporção entre determinados segmentos sociais); a oferta de treinamentos específicos e gratuitos para certos segmentos; a alocação das características do grupo discriminado como fator de sua promoção ou contratação.

Evidentemente que no que tange à sua aplicação em nosso sistema, a ação afirmativa é usualmente associada à fixação de quotas, ou seja, ao estabelecimento de um número preciso de lugares ou da reserva de algum espaço em favor de membros do grupo beneficiado.

Todavia, deve-se observar, como o que demonstra o acima aludido, que as quotas são apenas uma das modalidades existentes de ação afirmativa, haja vista que nem todas as ações afirmativas ocorram por meio das denominadas quotas, e de que nem todos que demandem esta proteção constituem-se em minorias.

No sistema jurídico vigente em nosso país, pode-se notar algumas implementações de medidas referentes as ações afirmativas, como, a título de exemplo, se pode citar o Artigo 289 da Constituição Estadual da Bahia, o qual prevê que sempre que houver veiculação de propaganda naquele estado, com mais de duas pessoas, será assegurado a inclusão de uma da raça negra.

Como um exemplo de ação afirmativa que se exterioriza por meio das quotas, em nosso ordenamento, podemos citar a Lei Garotinho, editada no Estado do Rio de Janeiro, e que destinou 50 % das vagas de universidades públicas para aqueles provenientes de escolas públicas e 40% para os afro descendentes.

6 DESTINATÁRIOS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Os “destinatários” dos programas de ação afirmativa normalmente estão entre os grupos sociais que sempre são alvos de maiores discriminações nas sociedades atuais, e que os principais critérios adotados na aplicação dessas políticas levem em conta os elementos que costumam estigmatizar esses mesmos grupos, como, por exemplo: a raça, o sexo, a origem étnica, a religião, a idade e as condições de saúde dos indivíduos (deficiências físicas).

A ação afirmativa não equivale a um direito de minorias, pois as desigualdades sociais que são combatidas por meio dela não estão obrigatoriamente relacionadas à situação numericamente desvantajosa do grupo favorecido.

O que se tem por pressuposto é que o grupo beneficiado pela ação afirmativa não se encontre em uma posição dominante, sendo reconhecida à existência, contra ele, de algum tipo de desvantagem ou discriminação.

Os elementos relacionados com os destinatários e com as justificativas da ação afirmativa também estão intimamente associados a determinados princípios de justiça, propiciando o debate sobre os fundamentos jurídicos e filosóficos que embasam estas práticas.

7 AÇÃO AFIRMATIVA – JUSTIÇA COMPENSATÓRIA OU JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

É muito discutido, doutrinariamente, se a justiça estabelecida pelas ações afirmativas tem caráter compensatório ou distributivo.

Para os defensores da primeira corrente, os quais afirmam que as ações afirmativas possuem um caráter compensatório, pois representariam um

ressarcimento por danos causados, pelo Poder Público ou por determinadas pessoas (físicas ou jurídicas), a grupos sociais identificados ou identificáveis.

Muitos dos defensores da ação afirmativa não apenas reconhecem, como justificam uma faceta compensatória desta, com fulcro no argumento de que as discriminações existentes não se limitam tão-somente a atos isolados, nem se direcionam apenas a um número determinados de pessoas. Elas representam um processo sistemático que atinge a todos os indivíduos que estão inseridos nas classes discriminadas (por exemplo, os negros), embora em graus diferentes. Daí não ser obrigatória à individualização das vítimas nem dos agressores.

Todavia, para outros autores, as ações afirmativas possuem uma natureza distributiva.

Para os adeptos dessa linha doutrinária, a ação afirmativa estaria relacionada a uma igualdade proporcional, exigida pelo bem comum, na distribuição de direitos, privilégios e ônus entre os membros da sociedade, que pode ser implementada por meio de vários artifícios. Essa distribuição pode ser efetuada com base na igualdade de oportunidades, necessidades, esforços, utilidades ou outros critérios.

A discussão a respeito do tema, ainda é muito grande.

8 CRÍTICAS DOUTRINARIAS FEITA AS AÇÕES AFIRMATIVAS

Entre as críticas feitas à teoria das ações afirmativas encontra-se a de que o indivíduo irá auferir vantagens pelo só fato de estar no grupo, independentes de mérito, qualidades individuais ou necessidades reais. Forma-se um típico conflito entre direitos individuais e direitos conferidos a certos grupos.

O caso *Regents of the University of California v. Bake* (1.978) bem elucida esse conflito. Bake, que era um engenheiro de 34 anos de idade, pretendia cursar a faculdade de medicina. Tomou conhecimento, em determinada universidade, de um programa especial que separava 16% das vagas para as minorias. Embora não tivesse ingressado na Universidade, constatou que suas

notas haviam sido superiores às daquele grupo e, por isso, alegou discriminação em razão da sua raça. O *Justice Powell* decidiu que o sistemas de quotas pode ser constitucional desde que não considere apenas o aspecto racial ou ético para a escolha, e desde que não haja quotas inflexíveis. A decisão tornou-se referência para outros casos.

Também há controvérsia acerca de quais deveriam ser os setores atingidos pelas quotas, ou mesmo quais seriam as necessidades sociais mais elementares. Isso, evidentemente, sofre de um inafastável relativismo histórico.

Por fim, há um outro princípio constitucional que converge, em determinadas hipóteses, para a mesma tutela promovida pelas ações afirmativas. Trata-se do princípio da pluralidade ou diversidade cultural e social, e que independe da constatação de injustiças e erros ocorridos no passado.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi exposto, nota-se que as ações afirmativas, se exteriorizando unicamente por meio das quotas, causam polêmica. É que desse modo estariam beneficiando um indivíduo, de maneira isolada, levando-se em considerações discriminações históricas sofridos por determinados grupos, o que poderia levar a quebra do nexo de causalidade entre tal medida política e o seu fim almejado. Na verdade, o critério a ser prestigiado deveria ser o sócio-econômico, uma vez que essa camada da população que não teve acesso à um melhor ensino, poderia alcançar os níveis mais elevados da educação, que por dispositivo constitucional estabelecem o mérito como critério de entrada. A baixa escolaridade ou a sua precariedade poderia ensejar uma política, mas não a cor da pele. Existem alguns afro-descendentes que não necessitam de uma política dessas e poderiam ser beneficiados. Além disso, o branco pobre sofreria uma dupla discriminação. O Brasil nunca dotou a política norte-americano dos "juntos mais separados", embora se reconheça um tratamento que ocasionou a falta de acessibilidade. Não resta dúvida, que o critério deve ser social, a fim de beneficiar os que realmente necessitam de uma política pública de integração

BIBLIOGRAFIA

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **A Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 17.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.