

AÇÃO AFIRMATIVA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL

Luís Otávio de Assis ONIMARU¹
Sérgio Tibiriçá AMARAL²

RESUMO: Ações afirmativas são políticas públicas, ou privadas, que visam diminuir os efeitos da discriminação, a qual determinados grupos sociais vêm sofrendo historicamente, proporcionando uma igualdade de oportunidades a essas pessoas. Amparadas pelo Princípio da Igualdade, elencado no art. 5º *caput* da Constituição Federal, um dos princípios base de nossa Lei Maior, elas servem de instrumento de efetivação da igualdade material, direito fundamental que nos é assegurado.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Igualdade. Ação Afirmativa. Políticas Públicas. Discriminação. Oportunidades.

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, o autor fez uma pesquisa bibliográfica e usou os métodos dedutivos e indutivos. Buscou subsídios nos Estados Unidos, a mais antiga democracia do mundo, que sentiu a necessidade de promover uma política para diminuir as desigualdades sociais, onde havia a política dos separados mais iguais.

Ao abordar o tema ação afirmativa, fez-se necessário o estudo da origem do termo *affirmative action*, seu conceito, bem como as experiências realizadas ao redor do mundo.

Trata-se de um tema bastante polêmico nos dias atuais. No Brasil, por existir um consenso de que não há racismo em nossa sociedade, a polêmica é ainda maior, sobretudo quando se trata do sistema de cotas, ou quotas, para inserção de

¹ Graduando em Direito pelas Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

² Graduado em Direito pela Instituição Toledo de Ensino, em Bauru. Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público. Mestre em Direito das Relações Públicas pela Universidade de Marília e em Sistema Constitucional de Garantias (ITE-Bauru). Professor titular de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito de Presidente Prudente (Toledo).

determinados grupos sociais em setores públicos ou privados como o da educação, o mercado de trabalho, entre outros.

A ação afirmativa, ou discriminação positiva, repousa na tentativa, por meio de políticas públicas ou particulares, de se concretizar a igualdade material, com objetivo de atenuar os efeitos da discriminação.

Espera-se que, ao final, o leitor compreenda o mecanismo da ação afirmativa e reflita sobre o problema da discriminação.

1. AÇÃO AFIRMATIVA

1.1 Origem da Ação Afirmativa

O descontentamento dos negros norte-americanos, com o racismo existente, ganhou forças a partir da decisão no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, o que colaborou para o florescimento de vários movimentos em favor dos direitos humanos. A partir da década de 1950, organizações como a NAACP (National Association for the Advancement of Colored People), expandem suas atividades, ao mesmo tempo em que começam a ser eliminadas as leis segregacionistas vigentes no país, e em que surgem líderes do porte de Martin Luther King Júnior. É nesse contexto que se desenvolve a idéia de uma ação afirmativa, exigindo do Estado, não somente a garantia de leis anti-segregacionistas, como também, uma postura ativa para a melhoria das condições da população negra.

Era evidente que somente o Judiciário não seria capaz de combater o imenso preconceito existente no país. Foi quando, John F. Kennedy percebeu a importância política desse tema, e apresentou este descaso e negligência a que estavam submetidas às minorias em setores como saúde, educação e previdência como prioridades a serem combatidas em seu governo.

No entanto, muitos congressistas de seu partido ofereceram resistência aos programas sociais por ele defendidos.

Visando erradicar a discriminação e o preconceito nas relações mantidas entre o governo federal e seus contratantes, expediu a *Executive Order nº 10.925 (Equal Employment Opportunity Commission)*, que, além de criar um órgão fiscalizador que reprimia a discriminação existente no mercado de trabalho, empregou pela primeira vez o termo *affirmative action*. A referida Order, determinava que, nos contratos celebrados com o governo federal, o contratante não discriminaria nenhum funcionário ou candidato a emprego devido à raça, credo, cor ou nacionalidade, adotando ação afirmativa para assegurar que os candidatos, sejam empregados, bem como tratados durante o emprego, sem consideração a sua raça, seu credo, sua cor ou nacionalidade. Essa ação incluirá, sem limitações, o seguinte: emprego, promoção, rebaixamento ou transferência, recrutamento ou anúncio de recrutamento, dispensa ou término e etc.

Kennedy também se empenhou pessoalmente em articular a aprovação de vários projetos de lei que envolviam temas de grande repercussão social, entre eles o *Equal Pay Act*, o qual proibiu que mulheres recebessem, pelo mesmo trabalho, uma remuneração inferior à dos homens.

Após o assassinato de Kennedy, em 1963, Lyndon Johnson conseguiu que o Congresso aprovasse projetos importantes, tais como o *Civil Right Act*, sendo este um conjunto de leis mais forte do que o primeiro apresentado por Kennedy, que impôs, no plano legal, a proibição de discriminação e ou segregação em lugares ou alojamentos públicos, a observância de medidas não discriminatórias na distribuição de recursos em programas monitorados pelo governo federal; 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. Instituiu também a *Permanent Equal Employment Opportunity Commission*.

Contudo, poucos avanços foram alcançados, levando Lyndon Johnson a adotar medidas mais agressivas no combate à discriminação, como a edição da *Executive Order nº 11.246*, exigindo que os contratantes com o governo federal não apenas banissem práticas discriminatórias, mas que também estabelecessem medidas efetivas em favor de membros de minorias étnicas e raciais, de várias formas, com o escopo de corrigir iniquidades decorrentes de discriminações presentes ou passadas e de evitar futuras. Também colocou como necessidade

precípua para a ação afirmativa, o convênio com o Departamento do Trabalho, que ficou responsável pela implantação das medidas.

As primeiras tentativas de implementação ocorreram na área da construção civil, mas devido a forte pressão exercida pelo sindicato e segmentos do governo federal, a experiência não teve continuidade.

Porém essa *Executive Order* representou um marco histórico, pois é a partir de seu surgimento que os programas voltados para o combate das desigualdades sociais com base em condutas positivas crescem em importância e passam a ser avaliados sob a ótica de políticas governamentais, sedimentando o conceito que se tornou conhecido como ação afirmativa.

1.2 Conceito e Reflexos

O termo ação afirmativa possui uma grande diversidade de sentidos, isto porque reflete, em grande parte, as experiências históricas dos países em que foram desenvolvidas.

É uma política destinada não apenas às minorias, mas aos menos favorecidos, que foram afetados pela discriminação racial, de gênero, idade, origem nacional e de compleição física. Visando, não somente, combater a discriminação como também proporcionar a igualdade de oportunidades a que todos têm direito.

No dizer de Sandro Cesar Sell (2002, p.9):

Ação afirmativa pode ser entendida como um conjunto de estratégias políticas, cuja finalidade é, em última análise, promover a igualdade de oportunidades sociais, mediante um tratamento preferencial daqueles que historicamente têm sido os perdedores na disputa pelos bens escassos de nossa sociedade (empregos, vagas em universidades, participação política etc.). Também pode ser definida como discriminação “positiva” dispensada aos segmentos populacionais que, devido ao preconceito que sofrem, encontram-se em posição de desvantagem na disputa pelas oportunidades sociais.

Joaquim B. Barbosa Gomes (2001, p.40), define ações afirmativas como:

[..] um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a

concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.

Essas definições introduzem a idéia de que a ação afirmativa, chamada também de *discriminação positiva* pelos europeus, se presta a cuidar tanto das discriminações imediatas quanto das discriminações históricas, introduzidas e arraigadas em nossa cultura.

Os Estados Unidos, pioneiro na área, oferece ótima oportunidade de uma análise de longo prazo do desenvolvimento e impacto dessa política.

Entretanto, a ação afirmativa não se limitou aos Estados Unidos. Os reflexos da experiência norte-americana atingiram vários países da Europa Ocidental, da Índia, Austrália, Canadá, Malásia, África do Sul, Argentina, Cuba, dentre outros.

Analisando o ordenamento jurídico canadense, verifica-se que, com relação a ação afirmativa, o parágrafo 1º do art. 15 do Charter of Rights estabelece, como regra geral, a igualdade perante as leis e a proibição de determinadas formas de discriminações, enquanto que o parágrafo 2º, estipula as exceções admitidas, nos seguintes termos:

§1º. Todos os indivíduos são iguais perante e sob a lei, e têm direito à igual proteção e ao igual benefício da lei sem discriminações, baseadas em raça, nacionalidade, etnia, cor, religião, deficiência física ou mental.

§2º. A Subsecção (1) não impede qualquer lei, programa ou atividade que tenha como seu objeto a melhoria das condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos.

Esse dispositivo foi incorporado no ordenamento jurídico canadense por influencia do debate acerca da ação afirmativa nos EUA, no entanto, não se aplica às relações privadas, mas apenas às relações públicas.

Na Europa, as primeiras orientações nessa direção foram formuladas em 1976, utilizando-se, freqüentemente, a expressão *ação* ou *discriminação positiva*. Em 1986, a discriminação positiva foi inserida no primeiro “Programa de Ação para a Igualdade de Oportunidade” da Comunidade Econômica Européia.

Diante desses diferentes contextos, “a ação afirmativa assumiu formas como: ações voluntárias, de caráter obrigatório, ou uma estratégia mista; programas governamentais ou privados; leis e orientações a partir de decisões jurídicas ou agências de fomento e regulamentação.” (MOEHLECKE, 2002, p.3)

O público-alvo também variou de acordo com as situações existentes, abrangendo as minorias étnicas, raciais e também as mulheres. E as principais áreas observadas são o mercado de trabalho, com a contratação, promoção e qualificação de candidatos e funcionários; o sistema educacional, principalmente o ensino superior; e a representação política.

2. AÇÃO AFIRMATIVA E JUSTIÇA

2.1 Ação Afirmativa e o Princípio da Igualdade

O artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cunhou o princípio de que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos.³

A Constituição Federal Brasileira institui o Princípio da Igualdade como um dos seus pilares estruturais⁴. Melhor dizendo, estabelece que o legislador e o aplicador da lei devem dispensar tratamento igualitário a todos os indivíduos, sem distinção de qualquer natureza.

A grande problemática se dá, na maioria das vezes, porque a questão da igualdade é tratada à luz da máxima aristotélica que preconiza o tratamento *igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade*. Isso ocorre porque, a locução, embora correta, não dispõe adequadamente quanto ao sentido e ao alcance do Princípio da Igualdade, uma vez que, a dificuldade reside exatamente em determinar, no caso concreto, quem são os iguais, quem são os desiguais e qual a medida dessa desigualdade.

³ *Article premier – Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. [...]*

⁴ O princípio da igualdade permeia todo o texto constitucional, tendo como regra genérica o *caput* do art. 5º.

No tocante à ação afirmativa, o professor Luiz Alberto David Araújo (2008, p.134) sustenta que:

[...] o constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereciam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições.

Nesse sentido, a Constituição não só não barra, como, incentiva a criação de ação afirmativa, a fim de reduzir as desigualdades e de oferecer oportunidades iguais a todos os indivíduos. São exemplos, os dispositivos constitucionais: quanto ao trabalho da mulher (art. 7º, XX), a posse indígena (art. 231, §2º), a reserva percentual de cargos públicos para portadores de deficiência (art. 37, VIII), entre muitos outros. Inclusive, o dispositivo do art. 37, inciso VIII é visto por muitos juristas, como prova da legalidade das ações afirmativas.

Mister se faz ressaltar que a nossa Lei Maior, em seu art. 3º, III e IV, determina como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil: “erradicar a pobreza e a marginalização, e reduzir as desigualdade sociais e regionais” bem como, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Sendo assim, com a leitura do referido artigo, à luz do Princípio da Igualdade, pode-se afirmar que o mesmo não só autoriza a criação de ações afirmativas, mas sim coloca como dever do Estado promover tal política.

Não se pode olvidar, também, que a noção de ação afirmativa está diretamente ligada ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, valor-guia de toda a ordem jurídica, elencado no art. 1º, inciso III da Constituição Federal.

3. AÇÃO AFIRMATIVA NO BRASIL

Embora a Constituição Federal de 1988 não contemple uma norma que autorize *expressamente* a ação afirmativa, no entanto, seguindo a tradição, consagra o Princípio da Igualdade de forma ampla, o que viabiliza a implementação

das mesmas, não como prática rotineira e generalizada, mas como um dos meios para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, sem qualquer tipo de preconceito.

Essa diretriz estende-se por todo o texto constitucional, podendo-se apontar os seguintes exemplos: art. 3º, I, III, IV; art. 4º, VIII; art. 5º *caput*, incisos I, XLII e L; art. 7, XVIII, XX, XXXI; art. 23, II, XX; art. 24, XIV; art. 143, § 2º; art. 183, § 1º; art. 189, parágrafo único; art. 201, § 7º, I e II; art. 203, IV, V; art. 206, I; art. 208, III; art. 227, § 1º, II; ente muitos outros.

No entanto, a implementação de ações afirmativas no panorama político brasileiro não é uma tarefa fácil, muito pelo contrário, devido a uma falsa idéia de que não há racismo no Brasil, esse tipo de política é constantemente refutado pela população.

Nesse sentido, Sandro Cesar Sell (2002, p.70) dispõe:

Ainda que possa ser sustentada pela justiça e constitucionalidade, a Ação Afirmativa como medida política é bastante heterodoxa na tradição política brasileira, mais afeita a políticas sociais populistas ou de caráter assistencial, seguindo modelos religiosos. No imaginário nacional, propor uma política desta natureza parece significar ter que romper com a cômoda idéia de que, afora os casos isolados, não existe racismo no Brasil.

Essa resistência é ainda maior entre indivíduos com maior grau de instrução, mesmo entre os quais pertencem a grupos historicamente marginalizados. Para o sociólogo e economista Paul Singer (1998, p.79):

A oposição à discriminação positiva por parte dos poucos indivíduos pertencentes a grupos discriminados que conseguiram superar as barreiras e por assim dizer “vencer na vida” é compreensível: sentem orgulho pelo que realizaram e sabem que o seu mérito próprio seria muito menor se tivessem se beneficiado de alguma reserva de vagas. É como se dissessem: se eu consegui chegar aonde cheguei, outros também podem fazê-lo; não há necessidade de qualquer discriminação positiva ou negativa.

A tendência é a de que essa polêmica venha a ampliar-se expressivamente, pois, além dos vários projetos de lei em trâmite no Poder Legislativo e de iniciativas privadas, sobretudo por parte das grandes multinacionais, o Governo Federal pretende utilizar a ação afirmativa, no âmbito nacional, como

mecanismo de combate às diversas modalidades de discriminação presentes no país.

Logo a constitucionalidade de questões envolvendo a matéria terá de ser, necessariamente, investigada em cada situação concreta, segundo o método de averiguação do Princípio da Igualdade Jurídica, consagrado entre nós.

CONCLUSÃO

Dado o exposto, concluímos que se trata de um tema polêmico e de suma importância para a construção de uma sociedade melhor, onde todos possam viver com dignidade e igualdade de oportunidades.

Uma sociedade justa e igualitária é um sonho possível de ser sonhado. Cabe ao Direito garantir a legalidade e a constitucionalidade desse sonho.

Não podemos ficar inertes diante de tratamentos desiguais aos menos favorecidos social e historicamente, suas fragilidades, suas mazelas e seus apelos devem encontrar respaldo junto àqueles que estão aptos a defendê-los.

Os constituintes tiveram o cuidado evidente de estabelecer direitos e obrigações, bem como em fixar princípios jurídicos, voltados a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, sem qualquer tipo de preconceito. Desse modo, a Constituição Federal incentiva, calcada no Princípio da Igualdade e no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a criação de ações afirmativas, objetivando atenuar os efeitos da discriminação, as desigualdades sociais e oferecer oportunidades iguais a todos os indivíduos.

Sendo assim, cabe a nós o dever de seguir o caminho de tantos outros corajosos e ousados e empunhar a justiça a fim de minimizar as desigualdades e garantir uma vida mais igualitária entre os homens, principalmente em nosso país, que teima em mascarar o preconceito racial, o que dificulta, ainda mais, um agir legal mais efetivo.

BIBLIOGRAFIA

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Constituição da República Federativa do Brasil. Publicada no *Diário Oficial da União* n.º 191-A, de 5 de outubro de 1988.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LOFY, Willian. A Ação Afirmativa e o respeito aos princípios da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana. **DereitoNet**. 03 maio. 2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/20/24/2024/>> Acesso em: 11 jun. 2008.

MOEHLECKE, Sabrina. **Ação Afirmativa: História e Debates no Brasil**. Cadernos de pesquisa, n. 117, 2002.

PAIVA, Angela Randolpho. **Ação Afirmativa na Universidade: Reflexão sobre Experiências Concretas Brasil – Estados Unidos**. 1 ed. Editora: Desiderata, 2004.

REIS, Cristiane de Souza; SOUSA, Carlo Arruda. Breve análise sobre a ação afirmativa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 528, 17 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6050>>. Acesso em: 13 jun. 2008.

SELL, Sandro Cesar. **Ação afirmativa e democracia social: uma introdução ao debate no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

TURRA, Cleusa e VENTURI, Gustavo (Organizadores). **Racismo cordial**. São Paulo: Ática, 1998.