

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
MESTRADO EM DIREITO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS E DESENVOLVIMENTO

Selênia Gregory Luzzi da Silva

AÇÕES AFIRMATIVAS:
UM INSTRUMENTO PARA A PROMOÇÃO DA IGUALDADE EFETIVA

Goiânia, Goiás

2010

AÇÕES AFIRMATIVAS:
UM INSTRUMENTO PARA A PROMOÇÃO DA IGUALDADE EFETIVA

Selênia Gregory Luzzi da Silva

Dissertação apresentada à Pontifícia
Universidade Católica de Goiás para obtenção
do grau de Mestre em Direito, Relações
Internacionais e Desenvolvimento. Orientador:
Dr. Dimas Pereira Duarte Júnior.

Goiânia, Goiás
2010

Silva, Selênia Gregory Luzzi da,

Ações Afirmativas: um instrumento para a promoção da igualdade efetiva /Selênia Gregory Luzzi da Silva. – Goiânia, 2010.

f.

Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de Goiás para obtenção do grau de mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento. Orientador: Dr. Dimas Pereira Duarte Júnior.

1.Direito Constitucional. I. Título.

CDU

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
MESTRADO EM DIREITO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS E DESENVOLVIMENTO

AÇÕES AFIRMATIVAS:
UM INSTRUMENTO PARA A PROMOÇÃO DA IGUALDADE EFETIVA

Aluna: Selênia Gregory Luzzi da Silva

Orientador: Prof. Dr. Dimas Pereira Duarte Júnior.

Dissertação apresentada à Pontifícia
Universidade Católica de Goiás para obtenção
do grau de Mestre em Direito, Relações
Internacionais e Desenvolvimento. Orientador:
Dr. Dimas Pereira Duarte Júnior.

Goiânia, Go,

Comissão Examinadora:

Dedico este trabalho a Deus, pelo dom da vida e da compreensão, da existência, do amor e da compaixão pelo próximo.

Ao meu esposo, Denival, companheiro e colaborador nesta jornada em defesa dos direitos daqueles que são marginalizados e expropriados da distribuição de iguais oportunidades.

Ao meu filho, João Paulo, que se formou dentro do meu ventre junto com a elaboração deste trabalho me dando força para concluí-lo e inspiração para lutar por um mundo melhor e mais justo.

Agradeço ao Denival pela paciência, carinho e compreensão e pelas constantes leituras, sugestões e contribuições.

Ao prof. Nivaldo dos Santos pela dedicação e exemplo de pesquisador, professor e indivíduo preocupado com os direitos humanos.

Ao prof. João da Cruz, pela orientação nos rascunhos iniciais desse trabalho, ajudando na delimitação do tema quando muitas eram as dúvidas e pelas reflexões que clarearam minha percepção a respeito.

Ao prof. e orientador Dimas, pelas valiosas sugestões, críticas, ideias e conversas que fundamentalmente contribuíram para a realização deste trabalho.

A todos aqueles que contribuíram e contribuem na defesa das ações afirmativas como instrumento de promoção da efetiva igualdade.

RESUMO

O objetivo deste estudo é, primeiramente, justificar, a partir da análise do princípio da igualdade, as razões políticas para a desigualação de modo a assegurar efetiva igualdade material, que se concretiza na aceitação da diferença, decorrente do pluralismo político, como expresso na Constituição Federal. As desigualdades originariam-se em decorrência de fatores naturais ou de fatores históricos, culturais, sociais, econômicos ou políticos. Independentemente das razões de distinção, são necessárias políticas que permitam equilibrar ao máximo o acesso a direitos e oportunidades, a partir de instrumentos jurídicos e políticos de igualação, que se dá pelas ações afirmativas. Somente concebendo o princípio da igualdade nas suas acepções formal e material, demonstrando que só existe tratamento isonômico se houver a distinção das situações de desigualdade ocorrentes, tratando-se os indivíduos desigualmente é que se compreende a necessidade de implementação das ações afirmativas. O suporte para as políticas de ação afirmativa estão em documentos internacionais, na experiência norte-americana, e no direito interno, expressamente na Constituição Federal. Apesar disso, denota-se uma resistência as ações afirmativas, inclusive pela conivência do poder público, seja pela omissão legislativa, falta de esforço – vontade política – do executivo e pelo acanhamento do judiciário. Fazendo um corte sistemático, o presente trabalho enfoca o tema das ações afirmativas em face a dois grupos minoritários específicos: negros e mulheres. Destaca as razões do preconceito e discriminação histórica que este grupos têm sofrido e aponta, aproveitando dados estatísticos, as situações discriminatórias ainda ocorrentes. Assinala para a importância das ações afirmativas voltadas ao atendimento destes grupos, destacando as políticas já implementadas.

Palavras-Chaves

Direitos humanos fundamentais.

Princípio da igualdade, formal e material.

Ações afirmativas como instrumentos de igualação.

Políticas de ações afirmativas voltadas para inclusão social de negros e mulheres.

ABSTRACT

This study is primarily justified by the analysis of the principle of equality, the policy reasons for inequality to ensure effective equality material, which takes effect on the acceptance of difference, due to political pluralism, as expressed in the Constitution Federal. Inequalities originated due to natural factors or historical, cultural, social, economic or political. Whatever the reasons for distinguishing, policies are needed that balance to the minimum access rights and opportunities, from legal and political instruments of Equalization, which occurs through affirmative action. Only the designing principle of equality in its formal and material senses, demonstrating that there is only treatment isonomically if there is a distinction between the situations of inequality occurring, with regard to individuals unequally, which includes the need for implementation of affirmative action. Support for affirmative action policies are in international documents, the North-American, and the internal law, specifically in the Constitution. Nevertheless, it denotes a resistance to affirmative action, including the complicity of the public, whether by legislative omission, lack of effort - political will - the executive and the timidity of the judiciary. Making a systematic cut, this paper focuses on the issue of affirmative action in the face of two specific minority groups: blacks and women. Highlights the reasons for the historical prejudice and discrimination that these groups have suffered and points, using statistical data, the discriminatory situations still arise. Stresses the importance of affirmative action directed to the attendance of these groups, highlighting the policies already implemented.

Keywords

Fundamental human rights.

Principle of equality, formal and material.

Affirmative action as an instrument of equalization.

Affirmative action policies aimed at social inclusion of blacks and women.

SUMÁRIO

LISTA DE SIGLAS

INTRODUÇÃO	13
-------------------	----

CAPÍTULO 1

DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E A IGUALDADE

1.1 Noção de Direitos Humanos Fundamentais	21
1.2 Evolução histórica dos Direitos Humanos Fundamentais e a igualdade	23
1.3 A classificação dos Direitos Humanos Fundamentais em gerações ou dimensões	29
1.4 A igualdade nos documentos internacionais	38
1.5 A igualdade nas Constituições brasileiras	41

CAPÍTULO 2

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

2.1 Concepções teóricas sobre a Igualdade.....	46
2.2 Igualdade e fator de discriminação	50
2.3 Aspecto formal e material do Princípio da Igualdade	55

CAPÍTULO 3

AÇÕES AFIRMATIVAS

3.1 Definição e objetivos das Ações Afirmativas	62
3.2 Ações Afirmativas: a experiência norte-americana	67
3.3 Ações Afirmativas e os Documentos Internacionais ratificados pelo Brasil	73
3.3.1 Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1968)	74
3.3.2 Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as	79

formas de discriminação contra a mulher (1979).....	
3.3.3 Declaração da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Conexa (2001)	82
3.4 Ações Afirmativas e o Direito brasileiro	85
3.4.1 Fundamentos constitucionais das Ações Afirmativas	85
3.4.2 Debates acerca das Ações Afirmativas como políticas de inclusão social.....	92
3.4.2.1 A favor das Ações Afirmativas.....	92
3.4.2.2 Contra as Ações Afirmativas.....	94

CAPÍTULO 4

AÇÕES AFIRMATIVAS: INCLUSÃO DE NEGROS E MULHERES

4.1 O confronto das políticas de ações afirmativas e a concepção doutrinária de normas constitucionais programáticas e da reserva do possível.....	105
4.2 Causas injustificáveis para a discriminação racial.....	109
4.2.1 As origens da discriminação racial.....	114
4.2.2 Instrumentos políticos e jurídicos de Ações Afirmativas em favor do negro	119
4.3 Discriminação contra a Mulher.....	127
4.3.1 O processo histórico de discriminação contra a mulher.....	128
4.3.2 Instrumentos políticos e jurídicos de Ações Afirmativas em favor da mulher.....	135
4.4 A realidade brasileira	140

CONSIDERAÇÕES FINAIS	145
-----------------------------	------------

REFERÊNCIA BIBLIOGRAFICA	152
---------------------------------	------------

LISTA DE SIGLAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AI – Agravo de Instrumento

AgR – Agravo Regimental

Art. (art.) – artigo

BA - Bahia

CF – Constituição Federal

DJ – Diário da Justiça

ES – Espírito Santo

EUA – Estados Unidos da América

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IPEA – Instituto de Pesquisas Econômicas e Aplicadas

Inc. - inciso

MS – Mandado de Segurança

ONU – Organização das Nações Unidas

PNAD – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios

PNDH – Programa Nacional dos Direitos Humanos

RE – Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

rel. - Relator

T. - Turma

INTRODUÇÃO

A problemática quanto ao preconceito e toda forma de discriminação é tema bastante discutido nos dias atuais, seja enquanto debate de cunho político, jurídico, social, econômico, religioso.

Vivemos ainda numa sociedade preconceituosa e que de modo não tão camuflado discrimina, principalmente quanto à raça e ao sexo. Esta triste realidade é plenamente perceptível a partir de dados empíricos como os produzidos pelo Instituto brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE, por meio da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios-PNAD e os estudos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada-IPEA, ambos institutos do governo federal.

Os princípios regentes no nosso ordenamento jurídico, emanados do texto constitucional de 1988, é de um regime republicano e democrático de direito, com prevalência da igualdade, no sentido de se conferir, na lei e pela lei, isonomia de oportunidades e benefícios a todos os cidadãos. Neste desiderato é importante frisar que o ente humano é a razão de ser do próprio Estado, motivo pelo qual a dignidade da pessoa é o eixo gravitacional de toda a estrutura constitucional.

Neste contexto, a igualdade como essência do modelo republicano, não se finaliza com a edição de leis uniformes a todos os indivíduos. Aliás, isso traz situações de desequilíbrios, porque a sociedade não é formada por indivíduos iguais. O verdadeiro sentido da igualdade, porquanto, é reconhecer nos desiguais situações que exijam tratamento diferenciado, permitindo assim, pela lei, igualdade de condições a pessoas diferentes. A propósito, o princípio da igualdade dá-se justamente na diferença, a partir da aceitação do pluralismo e da superação dos desequilíbrios naturais ou socialmente construídos. Seja como for, é dever do Estado e do poder público, primeiramente, e depois de cada ente privado em particular, coibir qualquer forma de segregação, buscando medidas que propiciem o justo equilíbrio das oportunidades e acesso de todos aos bens coletivos, mormente no que tange aos direitos fundamentais.

Nisso reside o instrumento das ações afirmativas, cujo propósito é realinhar os meios de acesso e condições reais de competitividade, a fim de superar as dicotomias existentes no seio social, visando a atender determinados grupos discriminados. Existem parâmetros para aferição da violação de direitos a estes grupos, não podendo jamais servir para pretensão isolada, senão justificada pela categoria ou grupo a que pertencem. Referidos parâmetros estão na Constituição Federal e em diversos documentos internacionais dos quais o Brasil é parte.

Ocorre que a despeito destes referenciais, ainda existem consideráveis resistências quanto à efetivação de políticas de inclusão social pelas ações afirmativas. Isso faz parte de um processo histórico de subjugação de grupos minoritários, por aqueles grupos que sempre detiveram o comando e poder de decisão, resultado de diferenças essencialmente econômicas.

Sem nenhuma dúvida, o grande fator de discriminação na sociedade atual é o econômico. E não se pode ter assegurado direitos fundamentais, mesmo os de primeira dimensão, sem que sejam dadas condições efetivas de escolhas e seleção, cujo caminho somente se faz, realisticamente, pela propriedade. Assim, não havendo disponibilidade econômica, não há verdadeira liberdade.

A necessidade de implantação de ações afirmativas voltadas à superação das desigualdades sociais é compromisso da nação brasileira a partir do advento da nova ordem constitucional de 1988, cujo texto sinaliza claramente para a adoção de políticas de *discriminação positiva*, buscando soerguer o indivíduo na sua acepção máxima de dignidade humana (art. 1º, III), a fim de se ultrapassar a mera igualdade formal para igualdade material.

A implementação destas políticas direcionadas a determinados seguimentos da sociedade brasileira, tem como objetivo superar as mazelas sociais e promover a inclusão social e a justiça, eliminando desigualdades historicamente acumuladas, garantindo a igualdade de oportunidades e de tratamento, bem como compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização, por motivos raciais, étnicos e de gênero.

Diante deste contexto, as ações afirmativas representam um forte mecanismo para contribuir com a promoção da igualdade efetiva, pois além de reconhecer as diversidades entre a população, direciona os esforços para minimizar

e, gradativamente, diminuir as distâncias socioeconômicas que permeiam a vida social, beneficiando determinados grupos da sociedade e que, por razões históricas, culturais, econômicas ou políticas, foram aliçados e excluídos dos benefícios decorrentes do próprio desenvolvimento social. Nos dizeres de Joaquim B. Barbosa Gomes:

Concebidas pioneiramente pelo Direito dos Estados Unidos da América, as ações afirmativas consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade.

Mais a frente o mesmo autor completa:

Em suma, como ponto culminante de uma evolução constitucional caracterizada por avanços e retrocessos, as ações afirmativas constituem o mais ousado e inovador experimento constitucional concebido pelo Direito no século XX, como instrumento de promoção da igualdade e de combate às mais diversas formas de discriminação.¹

Por este prisma, as ações afirmativas devem assistir sobretudo aqueles despossuídos, a fim de superar as desigualdades sociais e a pobreza, consoante mandamentos constitucionais.

De fato, a Constituição Federal preceitua, em seu artigo 3º, I, III e IV, como objetivos fundamentais a serem assegurados pela República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Porém, no contexto atual, decorrente dos processos históricos e sociais, das políticas econômicas adotadas e das omissões dos poderes públicos em implementar integralmente estes fundamentos, desencadeou-se numa tímida preocupação com o ente humano, deixando-o em segundo plano frente ao tão aclamado desenvolvimento econômico.

¹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 6 - 8.

Não se nega em nenhum momento o aspecto não resolvido da pobreza e miséria, que atinge mais acentuadamente determinados grupos, como negros. Conquanto, para os fins estabelecidos neste trabalho dissertativo, fez-se opção por um corte sistemático, para tratar especificamente das políticas de ações afirmativas voltadas para negros e mulheres, dois grupos historicamente discriminados na sociedade brasileira.

A partir destas referências, quer-se fortalecer a importância destas políticas de ações afirmativas, sobretudo porque já houve para estes grupos certos avanços, e que devem ser preservados e não repudiados porque não se alcançou todos os grupos discriminados.

Uma coisa não exclui a outra.

Deve-se, por isso, fortalecer os instrumentos já implantados e avançar noutros rumos, de modo a assegurar o verdadeiro princípio da igualdade material.

Assim é que a escolha do tema deu-se, no primeiro momento, pelo anseio de se estudar sobre as desigualdades existentes na sociedade brasileira e de contribuir com mecanismos legais para a solução destes problemas, buscando dar um enfoque histórico, social e jurídico nas questões pertinentes ao tema. Num segundo momento, pelo nível de cognição relacionado ao assunto em pesquisa, vez que se encontra muito tímido e ao mesmo tempo discutido e criticado.

É, no meu sentir, instigante desenvolver a pesquisa acompanhando a evolução histórica das ações afirmativas, mecanismos protetivos necessários para os grupos que serão estudados (negros e mulheres), analisando e investigando as medidas já realizadas neste sentido e a polêmica suscitada pelo assunto.

Não se esgota aqui as razões para o corte temático. É imprescindível notar ainda, que as categorias específicas aqui escolhidas sofrem discriminações e limitações acentuadas, mesmo na sociedade brasileira do século XXI que se posta como não-racista e não-machista. Com isso, a proposta é enfatizar a necessidade de políticas públicas voltadas à inserção do negro e da mulher.

Frente a esta proposição, o tema a ser desenvolvido é: *Ações afirmativas: um instrumento para a promoção da igualdade efetiva.*

A problematização que daí se extrai busca evidenciar as razões das discriminações dos dois grupos definidos – negros e mulheres –, a partir de perspectivas históricas, culturais, econômicas, políticas e sociais, para, então, verificando as situações de desigualdades, acentuar a importância da implantação de políticas públicas voltadas a superação dos desequilíbrios, via instrumentos das ações afirmativas.

Dentro de uma perspectiva nacional, com o processo de redemocratização dos anos 80, organização do Movimento Negro dos anos 70 e do Movimento Feminino, também dos anos 70, começa a ser denunciada e discutida a desigualdade racial e de gênero existentes no Brasil. Pesquisas comprovando a discriminação começam a serem feitas e divulgadas nos meios de comunicação alertando a sociedade dos problemas existentes.

A par desta nova sistemática e com o Estado Democrático de Direito instalado, reivindicações começam a surgir e os movimentos sociais começam a se organizar para cobrar respostas do Poder Público em respeito aos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas com o advento da Constituição Federal de 1988.

O papel de neutralidade do Estado, limitada à mera intenção formal de não discriminar os indivíduos começa a ser discutido e a própria concepção do princípio da igualdade questionada. O mito de não haver discriminação racial no Brasil também começa a ser desmistificado. Uma nova maneira de visualizar a realidade também surge.

A idéia da igualdade passou por variados tratamentos no decorrer dos paradigmas anteriores. No período do Constitucionalismo clássico, a igualdade era vislumbrada como um conceito meramente formal e abstrato. No paradigma liberal, o homem viu pela primeira vez, reconhecidos seus direitos individuais. Em seguida, no paradigma social, a igualdade passou a se sustentar na garantia dos direitos econômicos, sociais, coletivos e difusos e, portanto, neste momento, a igualdade abdica de seu aspecto meramente formalista. Já o constitucionalismo contemporâneo, atinente à influência de um Estado Democrático de Direito, paradigma no qual nos inserimos, é premente o reconhecimento do direito de igual participação do cidadão em todas as práticas estatais. Surge o conceito de “espaço público” ou “esfera pública” que, para Habermans seria, numa acepção bastante sucinta, um *lócus* central, onde os atores da sociedade civil interagem mediante discussões públicas, produzindo um poder comunicacional, o que só se mostra plausível, através de condições procedimentais prévias/estabelecidas. A “esfera pública” é o um veículo em que os atores sociais têm a capacidade e a oportunidade de desenvolverem

extensivamente as possibilidades do discurso. Percebe-se, assim, um deslocamento da preocupação, agora voltada para os direitos humanos em função das especificidades individuais e das particularidades coletivas dos diferentes grupos humanos que se distinguem por fatores como a origem, o sexo, a opção sexual, a raça, a idade, etc.²

Por conseguinte, a preocupação atual volta-se para o respeito aos direitos humanos em função das particularidades individuais e coletivas, fazendo surgir discussões que envolvem o tema das ações afirmativas e sua implementação. O assunto é polêmico, pouco conhecido e recente no Brasil. As críticas e pontos favoráveis levantadas a seu respeito envolvem posições das mais diversas. No entanto, o que parece prevalecer é a falta de informação sobre o que vem a representar essas políticas no contexto social de um Estado.

Basicamente, pode-se dizer que estão em destaque dois direitos fundamentais: o direito à igualdade e o direito à diferença. Neste trabalho, o objetivo é, principalmente demonstrar o instituto das ações afirmativas como necessário à inclusão social de determinados grupos (negros e mulheres), comprovando que tais instrumentos são constitucionais e importantes, pois oportunizam, compensando as desigualdades sociais decorrentes do processo histórico e de sedimentação cultural, destacando que a implementação destas políticas representa um mecanismo para a promoção da igualdade efetiva.

Estando em destaque na mídia a discussão da constitucionalidade das ações afirmativas, começam a surgir esforços em definir e delimitar o que representam essas políticas, e aproveitando o momento, o estudo sobre o tema pode ser um bom ponto de partida para compreensão das controvérsias existentes, surgindo como objetivos mais específicos à reflexão do princípio da igualdade como fundamento da implementação destas medidas.

A identificação das ações políticas e jurídicas já implementadas pelo poder público, como modelo de ações afirmativas nos casos de inclusão social de negros e mulheres, destacando e comparando com medidas adotadas pelos Estados Unidos da América, procurando demonstrar que tais instrumentos contribuem para a promoção da igualdade efetiva, também se apresentam como objetivos do presente trabalho.

² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*. 2º. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, apresentação de Ana Leticia Queiroga de Mattos, p. ix.

O intuito desta dissertação é fazer uma análise das ações afirmativas contribuindo com as discussões em pauta, pois é um instituto que precisa ser sedimentado e aceito, desmistificando a ideia de sua inconstitucionalidade, abordando seu lado positivo e contributivo para uma sociedade mais igualitária e justa.

Para mapear a discussão sobre as políticas de ações afirmativas e as principais questões a ela suscitadas, realizou-se uma revisão da literatura existente sobre o tema no país.

Caracteriza-se por um estudo descritivo, que utilizou como método de abordagem o dialético, promovendo um estudo das características e contradições do instituto. Utilizou-se como metodologia de procedimento, os métodos: a) histórico, uma vez que se investigou as raízes do instituto das ações afirmativas para se alcançar a compreensão de sua natureza, importância e função nos dias atuais, bem como observou-se o princípio da igualdade como fundamentação do instituto em estudo; b) comparativo, entre as fases e aplicações das ações afirmativas; e, c) dogmático-jurídico ou doutrinal, entre os estudiosos sobre o tema, estudando a previsão legal e constitucional pertinente.

Tendo em vista a notória complexidade que o tema envolve e a interdisciplinariedade, para a compreensão foi necessário se valer de conceitos, definições e aspectos históricos, jurídicos, culturais e sociais. Foi necessário trilhar caminhos sobre a sua evolução histórica, seu embasamento jurídico-conceitual para melhor definição das ações afirmativas.

A delimitação espacial ficou nas fronteiras do direito brasileiro, porém foi necessário fazer um estudo comparativo com os Estados Unidos, país vanguardista na implementação das políticas de ações afirmativas, remodelando o próprio conceito de igualdade para a promoção da igual distribuição de oportunidades.

Não haveria como opinar juridicamente sobre o instituto em estudo sem antes saber do que se trata, seu processo histórico e os conceitos de igualdade a ele estritamente ligado. Portanto, essa necessidade de se utilizar aspectos históricos, internacionais e nacionais, sociais, culturais, políticos e conceitos jurídicos e sociais se justificam na medida em que são pressupostos para uma abordagem do tema à luz dos direitos humanos fundamentais.

Como um dos objetivos do presente trabalho é demonstrar o que fundamenta constitucionalmente as ações afirmativas no Brasil, no primeiro capítulo aborda o tema dos direitos fundamentais, parâmetro basilar para compreensão do princípio da igualdade. Nesta abordagem, analisa documentos internacionais que enfatizam os direitos humanos, discorrendo sobre os critérios doutrinários de sua classificação.

No segundo capítulo, deu-se destaque específico ao princípio da igualdade, discorrendo quanto a distinção entre igualdade formal – na lei – e igualdade material – perante a lei – cuja compreensão é necessária para percepção quanto a necessidade de políticas de ações afirmativas.

No terceiro capítulo, traça-se a evolução histórica, definição e fundamentos constitucionais das ações afirmativas, destacando as principais convenções internacionais ratificadas pelo Brasil sobre o tema. Busca o referencial norte-americano como experiência exitosa e que serviu de baliza para implantação no nosso país. Demonstra-se os principais debates acerca da polêmica que em torno da implementação destas políticas de inclusão social de negros e mulheres.

Por fim, no quarto capítulo, mostram-se as ações afirmativas no direito brasileiro, analisando-se sob o aspecto da discriminação racial e contra a mulher, fazendo um histórico de sua origem e demonstrando os instrumentos políticos e jurídicos em favor destes grupos. Busca o suporte de dados empíricos, colhidos em institutos do governo federal, para melhor análise das discussões apresentadas.

CAPÍTULO 1

DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E A IGUALDADE

Quanto mais moderna é uma sociedade, mais rapidamente muda e age profundamente sobre si mesma e mais elimina as barreiras e as distâncias sociais do passado [...] o apelo à igualdade de direito contra a desigualdade de fato não teria tido a força histórica que teve se não estivesse fundado sobre uma confiança absoluta no sentido de uma evolução histórica natural.³

1.1 Noção de Direitos Humanos Fundamentais

As ações afirmativas, tal como serão analisadas nesta dissertação, envolvem, necessariamente o estudo sobre a igualdade. Portanto, é preciso dar um breve enfoque ao tema da igualdade, relacionando-a com as ações afirmativas como propósito de superação de preconceitos.

Para tanto, é preciso abordar as questões mais relevantes no que tange à teoria dos direitos fundamentais, buscando uma visão global sobre o assunto para que se possa adentrar ao tema central das ações afirmativas como um instrumento para a promoção da igualdade efetiva.

O estudo dos direitos humanos envolve a própria história da evolução humana, desde o momento em que passa a conviver em grupos sociais, ainda que rudimentarmente organizada, culminando com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, quando há a positivação destes valores na ordem internacional.⁴

³ TOURAINE, Alain. *Igualdade e Diversidade: o sujeito democrático*. Trad. Modesto Floranzano. São Paulo: Universidade do Sagrado Coração, 1997. p. 13.

⁴ *Na verdade, a proclamação feita solenemente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, de que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”(artigo I), representou a conclusão de um longo processo histórico, talvez o mais longo de todos, na evolução da espécie humana.* COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 558.

O conceito de direitos humanos é bem variado na doutrina. Essa dificuldade é ressaltada por Almir de Oliveira, ao afirmar que *a grande problemática na conceituação dos direitos humanos reside no fato de existirem várias posições filosóficas que afetam aquela definição.*⁵

Sobre o tema, Suzana de Toledo Barros explica:

Como valores precípuos plasmados em uma Constituição, os direitos fundamentais traduzem, pois, as concepções filosófico-jurídicas aceitas por uma determinada sociedade, em um certo momento histórico. Estes valores fundantes do Estado são, ao mesmo tempo, fins da sociedade e direitos de seus indivíduos.⁶

Percebe-se que os direitos humanos são aqueles direitos sem os quais o homem não pode ser entendido como ente dotado de dignidade, atributo especificamente humano. Constituem o núcleo central, essencial e inviolável dos direitos. Atualmente, pode-se afirmar que os direitos humanos são os cernes para a formação de uma sociedade organizada a partir de uma Constituição Democrática de Direito.

Alexandre de Moraes entende que os direitos humanos fundamentais são:

Um conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, cujo principal objetivo é o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade.⁷

Neste momento histórico, não se trata mais de discutir sobre a necessidade ou imperatividade dos direitos humanos. Todavia, de pouco vale a compreensão doutrinária do tema, amplamente teorizado e justificado, sem que haja efetivação dos seus primados. O grande debate vigorante é buscar mecanismos e soluções que possam dotá-los de eficácia e garantia, para que ultrapassem o plano formal e passem a fazer parte da realidade social.

⁵ OLIVEIRA, Almir de. *Curso de Direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 55

⁶ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2000. p. 30.

⁷ MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1 ao 5 da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 30.

1.2 Evolução histórica dos Direitos Humanos Fundamentais e a Igualdade

Como acentua Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a doutrina dos direitos do homem, positivada com a Declaração de 1789, nada mais é senão uma versão do direito natural que já existia na Antiguidade, tendo sido reformulada pela Escola do Direito Natural e das Gentes e apenas adotada pelo pensamento iluminista.⁸

Fernando Barcelos de Almeida propõe uma síntese das fases de evolução dos direitos humanos, relacionando-as com as suas chamadas gerações ou dimensões:

1 – Na primeira fase eles seriam essencialmente concessões espontâneas de um monarca com poderes absolutos, mas justo e inteligente, como o rei Hamurabi, da Babilônia, há cerca de 3.700 anos; o imperador Claudius Tiberius, de Roma, que reinou do ano 41 a 54; e Frederico II, da Suábia, imperador das Duas Sicílias e do Sacro Império Romano, na primeira metade do século XIII;

2 – Na segunda fase, os direitos e liberdades seriam conquistas de elites, do alto clero ou da aristocracia, contra o monarca, como foi o caso do rei João Sem-Terra que outorgou a seus súditos, mas essencialmente, aos barões, que o pressionaram, a Magna Carta, em 1215, na Inglaterra;

3 – Na terceira fase, já a denominação de Direitos do Homem (Mulheres, fora) eles são uma conquista de uma classe emergente como dona do poder econômico e que se torna dona também do poder político, como ocorreu mais significativamente com a classe burguesa, na Revolução Francesa de 1789;

4 – Na quarta fase, os Direitos Humanos, já em segunda geração, são conquistas de classes dominadas, que não têm o poder político mas lutam por ele, pressionam os donos do poder e obtêm direitos sociais, econômicos e culturais;

5 – Na quinta fase, os Direitos Humanos, em terceira geração, se internacionalizam, recebem uma proteção supranacional e alguns desses direitos são impostos pela comunidade internacional, como na repressão à escravatura, ao genocídio, à tortura, às discriminações, e mais recentemente em defesa das práticas democráticas, da paz, do meio ambiente, do desenvolvimento.⁹

Embora não seja consensual a classificação feita em torno dos direitos humanos em *gerações*, ou *dimensões* como preferem outros, sincronizando-os com o tripé que forma os pilares da Revolução Francesa, esta associação parece ter sido

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 9 e 10.

⁹ ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996. p. 45.

decisiva para difusão do tema no meio acadêmico e daí para o campo político e social. Sem desprezar as advertências daqueles que divergem quanto a este paralelo, como Cançado Trindade, o acolhimento dos termos *gerações* ou *dimensões* de direitos – objeto de estudo no tópico 1.3 deste capítulo – visa a facilitação e destaque que há de ser dado sobre a evolução histórica do princípio da igualdade, como direito fundamental de segunda geração e que serve de embasamento para as ações afirmativas.

A igualdade entre os homens¹⁰ não é um assunto recente. Pode-se dizer que remonta ao século VIII a.C, conhecido como período axial, quando o monoteísmo se afirma em Israel, surgindo os primeiros profetas, princípios e diretrizes fundamentais de vida que vigoram até hoje.

Neste período o homem já é reconhecido em sua igualdade essencial, dotado de liberdade. Retratando este momento histórico, Fábio Konder Comparato assim manifesta:

Em suma, é a partir do período axial que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na História, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.¹¹

Conforme afirma Comparato, foi com a concepção de pessoa que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade, cuja definição foi dada por Boécio – início do século VI – quando afirmou: *diz-se propriamente pessoa a substância individual da natureza racional*.¹²

Na Grécia Antiga, Aristóteles destacou a igualdade como direito inseparável do ser humano, entalhando na história do pensamento político-filosófico a famosa expressão: *igualdade é tratar igualmente os iguais e desigualmente os*

¹⁰ Será utilizada a palavra homem para significar a pessoa humana, como espécie dos gêneros homem/mulher. A história da humanidade assim utiliza a palavra homem, embora, dê a idéia de discriminação e desigualdades entre os sexos, porque omite a mulher, pois era considerada não cidadã (assim como os escravos).

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 11.

¹² *Idem*. p. 18-19.

desiguais.¹³ O fato é que este filósofo grego já reconhecia, a sua época, a necessidade de se perceber as diferenças individuais e sobre elas, estabelecer parâmetros igualitários. E arremata:

A igualdade existirá entre as pessoas; se as pessoas não forem iguais, elas não terão uma participação igual nas coisas, mas isto é a origem de querelas e queixas (quando pessoas iguais têm e recebem quinhões desiguais, ou pessoas desiguais recebem quinhões iguais). Além do mais, isto se torna evidente por que aquilo que é distribuído às pessoas deve sê-lo “de acordo com o mérito de cada uma”.¹⁴

O reconhecimento da igualdade entre os homens, formalmente expresso em documento político, deu-se, certamente pela primeira vez, na Magna Carta de 1215. Redigida em latim bárbaro, foi uma declaração do rei João da Inglaterra perante o alto clero e os barões do reino, onde fala das liberdades, ou concórdias entre o rei e os Barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês.¹⁵ Muito timidamente, em sua cláusula 60, pode-se dizer que trata da igualdade entre os homens:

60. Todos os direitos e liberdades, cuja observância garantimos em nosso reino, na medida de nossa competência em relação aos nossos homens, serão igualmente observados por todos os cléricos e leigos do nosso reino, em relação àqueles que deles dependerem.¹⁶

Esta cláusula estende-se a todos os senhores feudais, em relação a seus dependentes e agregados, as mesmas limitações de poder que o rei reconhece para si. Foi o passo inicial em direção a um Estado de Direito mais justo, constituindo-se no primeiro documento escrito a estabelecer regras, embora seletivas, as quais o monarca era obrigado a obedecer, estabelecendo mandamento legal acima do rei, limitando o Poder do Estado em relação aos súditos.

A Declaração dos Direitos da Virgínia (1776) e posteriormente da Pensilvânia (1779), enfronhadas no pensamento iluminista europeu, marcaram a independência dos Estados Unidos e formaram a Constituição deste novo Estado. Assim, em 1776 com a independência das treze colônias britânicas da América do

¹³ ATCHABAHIAN, Serge. *Princípio da Igualdade e ações afirmativas*. São Paulo: RCS Editora, 2004. p. 24.

¹⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3ª ed. Brasília: Editora Unb, 1999. p. 95-96.

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 68.

¹⁶ Magna Carta, 1215.

Norte, inaugurou-se a democracia moderna, um regime constitucional que consagrou a representação popular e os limites dos Poderes do Estado. Este documento é de suma importância, não só por significar a Independência americana, como por ter sido o primeiro texto legal a afirmar os princípios democráticos, dando uma nova idéia de legitimidade política: a soberania popular. Datado precisamente de 4 de julho de 1776, traz demonstração clara da igualdade entre o ente humano¹⁷, como assinala Comparato:

Quando, no decurso da história humana, torna-se necessário a um povo romper os laços políticos que o vinculam a outro, bem como assumir, entre as potências mundiais, a posição separada e igual a que o habitam as leis da natureza e do deus da natureza, o respeito devido às opiniões da humanidade obriga-o a declarar as causas que o impelem à separação.

Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade.¹⁸

É, então, a partir deste marco histórico que a ideia de igualdade entre os homens começa a ser inserida em documentos políticos importantes, surgindo uma concepção moderna de Constituição que vem a constar em seus textos à precípua proteção do indivíduo contra os abusos dos governantes.

Ainda no século XVIII, período do pensamento iluminista, Rousseau apresentou a distinção de duas desigualdades: *a natural ou física e a moral ou política*. A primeira desigualdade tem origem na própria natureza das coisas e das pessoas (estado natural do homem - sexo, idade, força etc), a segunda, relaciona-se com o homem na sociedade (estado social).

Nas lições do autor, assim distinguem as desigualdades:

Concebo, na espécie humana, dois tipos de desigualdade: uma que chamo de natural ou física, por ser estabelecida pela natureza e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito e da alma; a outra, que se pode chamar de desigualdade moral ou política, porque

¹⁷ *Declaração de Direitos feita pelos representantes do bom povo da Virgínia, reunido em Convenção plena e livre; direitos esses que pertencem a ele e à sua posteridade, com base e fundamento do governo. 1. Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado da sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.* (Declaração de Direitos de Virgínia – 1776).

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 93.

depende de uma espécie de convenção e que é estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens. Esta consiste nos vários privilégios de que gozam alguns em prejuízo de outros, como o serem mais ricos, mais poderosos e homenageados do que estes, ou ainda por fazerem-se obedecer por eles.¹⁹

Rousseau descreve que a origem da desigualdade entre os homens está relacionada com o seu estado social. No estado natural o homem tinha como única preocupação a sua subsistência, e só possuía duas características que o distinguiam dos demais animais, a liberdade e a perfectibilidade²⁰. Porém, com a necessidade de superar as dificuldades deste estado foi adquirindo novos conhecimentos e experiências, e com isso surgiram as primeiras comunidades, nascendo assim a ideia de família e com elas o *hábito de viver juntos fez com que nascessem os mais doces sentimentos que são conhecidos do homem, como o amor conjugal e o amor paterno.*²¹

Da interrelação entre os indivíduos advêm as formas de linguagem e uma noção precária de propriedade e, por questões de segurança, sentem a necessidade de fortalecimento enquanto grupo, passando a viver em comunidade. Para Rousseau este era o estágio no qual o homem deveria ter parado. Porém, a perfectibilidade não permitiu que isso ocorresse. A pequena comunidade passa a evoluir-se, e com isso as diferenças que eram apenas naturais entre os homens, passam a ser morais e políticas, pois comparações entre o melhor caçador, o mais forte, o mais hábil começam a se destacar.

Paralelamente surgem a agricultura e a metalurgia, reconhecidas por Rousseau como “a grande Revolução”. Consequentemente a divisão de trabalho, a propriedade e o acúmulo de riquezas passam a fazer parte do contexto social. A ideia de homens ricos e pobres, senhores e escravos, de homens que dependeriam uns dos outros está sedimentada na cultura dos povos.

O poder e a riqueza passaram a fazer parte desse processo evolutivo dando origem às desigualdades não naturais entre os indivíduos. A propriedade

¹⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*. Trad. Lourdes Santos Machado. Coleção: Os Pensamentos. São Paulo: Nova Cultura, 2000. p. 51.

²⁰ A perfectibilidade é um neologismo utilizado por Rousseau para demonstrar a capacidade que o homem possui de aperfeiçoar-se.

²¹ *Idem* 18, p. 90-91.

dividiu os homens entre ricos e pobres; o poder político dividiu-se entre governantes (poderosos, ricos) e governados (fracos, pobres); e o estado despótico dividiu-os em senhores e escravos.²²

A propriedade foi, e ainda é, a grande responsável pela desigualdade entre os homens:

Assim, os mais poderosos ou os mais miseráveis, fazendo de suas forças ou de suas necessidades uma espécie de direito ao bem alheio, equivalente, segundo eles, ao de propriedade, seguiu-se à rompida igualdade a pior desordem; assim as usurpações dos ricos, as extorsões dos pobres, as paixões desenfreadas de todos, abafando a piedade natural e a voz ainda fraca da justiça, tornaram os homens avaros, ambiciosos e maus. Ergueu-se entre o direito do mais forte e o do primeiro ocupante um conflito perpétuo que terminava em combates e assassinatos. A sociedade nascente, foi colocada no mais tremendo estado de guerra; o gênero humano, aviltado e desolado, não podendo mais voltar sobre seus passos nem renunciar às aquisições infelizes que realizara, ficou às portas da ruína por não trabalhar senão para sua vergonha, abusando das faculdades que o dignificam. (grifo nosso).²³

Com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, editado pela Assembleia Nacional (França - 1789), em virtude da repercussão que representou o movimento de independência na revolução política da época, o reconhecimento a igualdade foi então inserto em vários dispositivos desse documento, a começar pelo artigo 1º que assim está redigido: *Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem se basear na utilidade comum.*²⁴

A despeito da concepção estritamente liberal da ideia de igualdade, como forma de suplantar os privilégios do absolutismo monárquico, não superando ainda assim as desigualdades estamentais já instaladas, sobretudo entre proprietários e não-proprietários. A partir deste marco histórico, o tema da igualdade passou a ser inserido nos textos constitucionais republicanos.

Em 1948, com a criação da ONU (Organização das Nações Unidas) – primeiro organismo internacional ao qual imediatamente aderiram diversos países, fazendo abraçar, num mesmo ideário, grande parte da população do planeta e diante da necessidade de um instrumento que conclamasse os povos a uma convivência harmônica, elevando os valores humanos fundamentais foi editada a

²² *Idem*, p. 87-116.

²³ *Idem*, p. 98.

²⁴ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789.

Declaração Universal dos Direitos do Homem, ressaltando que *todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos*.²⁵

Com este mandamento, definitivamente, o princípio da igualdade passou a ser disposição expressa nas cartas constitucionais de muitos dos países aderentes.

O fato é que os direitos humanos não estão todos previamente estabelecidos, sendo resultado da necessidade histórica, ou como *reivindicações morais, nascem quando devem e podem nascer*²⁶. Esta percepção foi bem analisada por Norberto Bobbio que afirmou que os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas²⁷. Neste sentido, os direitos humanos não são produtos de uma predeterminação, mas um processo construtivo, uma invenção humana que se reconstrói constantemente²⁸.

1.3 A classificação dos Direitos Humanos Fundamentais em gerações ou dimensões

Para melhor compreensão sobre o princípio da igualdade é importante resgatar as conquistas dos direitos humanos representadas pelas gerações ou dimensões de direitos, consoante distinções já enfatizadas.

Com a Revolução Industrial, em meados do século XVIII, e o Iluminismo que representou o modelo liberal, assinalou o limite de intromissão do Estado de não interferir nas relações sociais.

²⁵ Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948.

²⁶ PIOVISAN, Flávia. *Pobreza como violação de Direitos Humanos*. p. 113/130. in: Revista Brasileira de Direito Constitucional: Revista do Programa de Pós-Graduação "Lato Sensu" em Direito Constitucional. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC). São Paulo: ESDC, 2004. (A contemporaneidade dos Direitos Fundamentais). Vol. 4. julho/dezembro de 2004. p. 114.

²⁷ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988. p. 30.

²⁸ ARENDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro, 1979. p. 134.

O fim da Primeira Guerra Mundial e a crise capitalista de 1929 propiciou que o modelo de Estado Liberal fosse mitigado, reduzindo-se a ingerência do poder público nos temas sociais e econômicos, diante da necessidade da intromissão estatal nessas questões, a fim de assegurar a todos um mínimo de dignidade e condições de sobrevivência, fazendo surgir o modelo de Estado do Bem-Estar ou Estado-Social.

Esta posição colocou o Estado com a responsabilidade de intervenção no sentido de regular a economia capitalista. Esta percepção teve ainda maior destaque com o término da Segunda Guerra, sobretudo nos países europeus, o que possibilitou a renovação da sociedade de modo mais justo e igualitário.

Porém, na década de 1970, com os problemas econômicos enfrentados em todo mundo fez com que ocorresse o declínio do Estado-Social, surgindo o neoliberalismo, modelo espelhado no antigo liberalismo da Revolução Industrial, cujo objetivo é garantir a acumulação de capital e os interesses dos mercados, reduzindo-se a atividade estatal, principalmente com a limitação de sua atuação no âmbito econômico e social.

O modelo neoliberal e o fenômeno da globalização,²⁹ retira o poder de controle do Estado sobretudo nas questões econômicas e por consequência nos temas de ordem social, dando lugar a uma nova economia de mercado, com a qual as fronteiras nacionais não representam mais limites para as atividades do capitalismo.

Com o crescimento da procura dos bens apropriáveis, principalmente aqueles produzidos por uma indústria bastante diversificada, fez nascer uma sociedade de consumo de massa³⁰. Deste cenário social, recrudesceram as

²⁹ Globalização representa “algo diferente e mais opressivo do que a antiga “internacionalização”. Não há consenso sobre o que essa nova globalização realmente significa; mas o ponto de partida é a penetração intensa de sociedades nacionais por todo tipo de redes, associações, instituições e culturas – mercados financeiros, grandes companhias multinacionais, organizações não-governamentais, mídia internacional, redes de comunicação instantânea, circuitos acadêmicos – e novas organizações internacionais e multinacionais, como as Nações Unidas, a Otan, a União Européia e a Liga Árabe. A globalização é vista como uma tendência multidimensional, com aspectos e consequências econômicos, militares, culturais, tecnológicos, políticos e ambientais, cada qual requerendo atenção especial”. (SCHWARTZMAN, Simon. *Pobreza, exclusão social e modernidade: uma introdução ao mundo contemporâneo*. São Paulo: Augurium Editora, 2004, p. 114-115).

³⁰ “Pode-se dizer que o ‘consumismo’ é um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos rotineiros, permanentes e, por assim dizer, ‘neutros quanto ao regime’, transformando-os na *principal força propulsora e operativa* da sociedade, uma força que

questões atinentes aos direitos humanos evocados para resguardar os cidadãos desta sociedade individualista, solitária e consumista.

É deste contexto que surge a ideia das gerações dos direitos humanos que representam conquistas que foram, no decorrer da história, sendo consolidadas em decorrência de atrocidades cometidas por aqueles que detinham o poder.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi o primeiro documento histórico a reconhecer e anunciar os direitos do cidadão e a dar a noção de gerações dos direitos humanos. Norberto Bobbio assim discorre sobre o tema:

O caminho contínuo, ainda que várias vezes interrompido, da concepção individualista da sociedade procede lentamente, indo do reconhecimento dos direitos do cidadão de cada Estado, até o reconhecimento dos direitos do cidadão do mundo, cujo primeiro anúncio foi a *Declaração universal dos direitos do homem*; a partir do direito interno de cada Estado, através do direito entre os outros Estados, até o direito cosmopolita [...]

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...]

[...] O núcleo doutrinário da Declaração está contido nos três artigos iniciais: o primeiro refere-se à condição natural dos indivíduos, que precede a formação da sociedade civil; o segundo, à finalidade da sociedade política, que vem depois (se não cronologicamente, pelo menos axiologicamente) do estado de natureza; o terceiro, ao princípio de legitimidade do poder que cabe à nação.³¹

Por seu turno, conquanto na mesma linha, Giuseppe Tosi sintetiza da seguinte forma:

A partir da declaração, através de várias conferências, pactos, protocolos internacionais o número de direitos foi se universalizando, multiplicando e diversificando sempre mais: aos direitos civis e políticos (ou de **primeira geração**) foram se acrescentando os direitos sociais e econômicos (ou de **segunda geração**). Em tempos mais recentes, a lista dos direitos inclui os direitos de **terceira geração**, que dizem respeito aos povos, às culturas e à própria natureza como sujeito de direitos (direitos ecológicos) e se abrem perspectivas para direitos de **quarta geração** (direitos das gerações futuras).³²

coordena a reprodução sistêmica, a integração e a estratificação sociais, além da formação de indivíduos humanos, desempenhando ao mesmo tempo um papel importante nos processos de auto-identificação individual e de grupo, assim como na seleção e execução de políticas de vida individuais.” (ZYGMUNT, Bauman. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p.41).

³¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

³² TOSI, Giuseppe. *Direitos Humanos, Direitos “humanizantes”*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/artigo1.htm>. Acessado em: 24.06.2008.

Não só a doutrina, mas também os tribunais já se manifestaram sobre as gerações de direito, como se vê de julgado da Suprema Corte brasileira:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da “**igualdade**”, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essencial inexauribilidade. (MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-95, *DJ* de 17-11-95)

É importante destacar, primeiramente, a divergência na doutrina quanto aos termos *geração* ou *dimensão*, por entender alguns doutrinadores que a primeira nomenclatura dá ideia de sucessão, ao tempo que os direitos humanos coexistem simultaneamente, quase de modo uníssono há o reconhecimento de três níveis de direitos fundamentais, os de *primeira, segunda e terceira geração (ou dimensão)*.

Cançado Trindade, averso a ideia de gerações de direitos humanos, inicialmente adverte que apesar de muitos acreditarem que esta separação doutrinária tenha partido de Norberto Bobbio, na realidade seu mentor foi o professor polonês Karel Vasak, conquanto tenha sido o jusfilósofo italiano quem a difundiu. Mais do que isso, internacionalista brasileiro – durante 12 anos juiz integrante da Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA e atual juiz da Corte de Haia, ex-aluno do professor Karel Vasak – critica esta classificação, afirmando que não corresponde a precisão e extensão do tema dos direitos humanos, por não ter conteúdo e fundamento jurídico, afirmando que o autor desta divisão o fez casualmente, sem nenhum argumento lógico e científico. Acresce que ao admitir esta forma de visualizar e compreensão dos direitos humanos estar-se-á prestando verdadeiro desserviço, porque fragmentando seu conteúdo³³.

³³ *Eu não aceito de forma alguma a concepção de Norberto Bobbio das teorias de Direito. Primeiro, porque não são dele. Quem formulou a tese das gerações de direito foi o Karel Vasak, em conferência ministrada em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo Pela primeira vez, ele falou em gerações de direitos, inspirado na bandeira francesa: liberté, égalité, fraternité. A primeira geração, liberté: os direitos de liberdade e os direitos individuais. A segunda geração, égalité: os direitos de igualdade e econômico-sociais. A terceira geração diz respeito a solidarité: os direitos de solidariedade. E assim por diante. Eu sou seu amigo pessoal, foi meu professor. Fui o primeiro latino-americano a ter o diploma do*

Paulo Bonavides, no mesmo sentido, propõe uma nova terminologia, para alterar o termo *gerações* por *dimensões* de direitos, corrigindo segundo seu entendimento o erro de linguagem para adequar o termo ao seu sentido.

Um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo 'dimensão' substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo 'geração', caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual,

Instituto. Foi meu examinador, é meu amigo pessoal e agora tive a grata satisfação de colaborar com um artigo em homenagem a ele, publicado pela UNESCO, em Paris.

Sou isento para falar sobre o assunto. Sou amigo dele e não concordo com a tese que ele apresentou pela primeira vez em 1979, e que Norberto Bobbio copiou.

Para falar dos seguidores de Norberto Bobbio, aqui, neste País, como em todos os países da América Latina, temos a mania de copiar ipsis literis, como se fosse a última palavra, o que dizem os europeus. Eu não estou de acordo com essa tese de Norberto Bobbio e do meu querido amigo Karel Vasak. Por que razões? Tenho relação de amizade com seguidores dessa tese aqui no Brasil, mas não estou de acordo com seus fundamentos.

Em primeiro lugar, essa tese das gerações de direitos não tem nenhum fundamento jurídico, nem na realidade. Essa teoria é fragmentadora, atomista e toma os direitos de maneira absolutamente dividida, o que não corresponde à realidade. Eu conversei com Karel Vasak e perguntei: "Por que você formulou essa tese em 1979?". Ele respondeu: "Ah, eu não tinha tempo de preparar uma exposição, então me ocorreu fazer alguma reflexão, e eu me lembrei da –bandeira francesa" – ele nasceu na velha Tchecoslováquia. Ele mesmo não levou essa tese muito a sério, mas, como tudo que é palavra "chavão", pegou. Aí Norberto Bobbio começou a construir gerações de direitos etc.

Quais são as razões de ordem jurídica que me fazem rechaçar essa tese nos meus livros e nos meus votos? Inclusive, citei aqui no caso dos meninos de rua, é um rechaço à tese de gerações de direitos, porque creio que o próprio direito fundamental à vida é de primeira, segunda, terceira e de todas as gerações. É civil, político, econômico-social e cultural. Em primeiro lugar, essa tese não corresponde à verdade histórica. É certo que houve as declarações dos séculos XVII e XVIII e a Revolução Francesa, e parece-me que a doutrina brasileira parou por aí. Houve a revolução americana e depois a Declaração Universal.

Essa conceituação de que primeiro vieram os direitos individuais e, nesta ordem, os direitos econômico-sociais e o direito de coletividade correspondem à evolução do direito constitucional. É verdade que isso ocorreu no plano dos direitos internos dos países, mas no plano internacional a evolução foi contrária. No plano internacional, os direitos que apareceram primeiro foram os econômicos e os sociais. As primeiras convenções da OIT anteriores às Nações Unidas, surgiram nos anos 20 e 30. O direito ao trabalho o direito às condições de trabalho é a primeira geração, do ponto de vista do Direito Internacional. A segunda geração corresponde aos direitos individuais, com a Declaração Universal e a Americana, de 1948. Então, a expressão "gerações é falaciosa, porque não corresponde ao descompasso, que se pode comprova; entre o direito interno e o direito internacional em matéria de direitos humanos. Esta é a primeira razão histórica. Trata-se de construção vazia de sentido e que não corresponde à realidade histórica.

Segundo, é uma construção perigosa, porque faz analogia com o conceito de gerações. O referido conceito se refere praticamente a gerações de seres humanos que se sucedem no tempo. Desaparece uma geração, vem outra geração e assim sucessivamente. Na minha concepção, quando surge um novo direito, os direitos anteriores não desaparecem. Há um processo de cumulação e de expansão do corpus juris dos direitos humanos. Os direitos se ampliam, e os novos direitos enriquecem os direitos anteriores. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional: Evento Associado à V Conferência Nacional de Direitos Humanos. Dia 25 de maio de 2000. Câmara dos Deputados, Brasília, DF. Texto disponível na internet: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm. Pesquisa 23/10/2009.

como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo.³⁴

Discussões sempre existiram e não será por questão de nomenclatura que não se compreenderá o conteúdo dos direitos humanos. A propósito, a discussão jusfilosófica sobre o tema, como alerta o próprio Bobbio, já está superada. Resta a implementação para fins de concretizá-los.

Sem dúvida, não há como deixar de associar gerações a etapas subsequentes. Daí, porque, a expressão que dá melhor sentido à classificação que se queira fazer em torno dos direitos humanos, sem perder o sentido de sua totalidade, é o termo *dimensão*, embora não seja o mais comumente divulgado pela doutrina, razão pela qual é o que se adota neste trabalho.

Os *direitos humanos de primeira dimensão* surgiram em virtude do modelo liberal que o Estado adotava e que se caracterizavam por ser de liberdade-negativa, pois não havia uma intervenção do Estado na esfera dos direitos individuais, a ele competia um *non facere* (não fazer).

Conhecidos como liberdades públicas, os *direitos humanos de primeira dimensão* são tidos como negativos ou direitos de prestação negativa por parte do Estado. Têm como finalidade proteger os direitos humanos contra atos arbitrários do Estado. Representam a liberdade de agir ou não agir conforme a consciência e a vontade de cada um. Protegem o ente humano como indivíduo e suas liberdades abstratas.³⁵

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano, ao abordarem sobre a primeira dimensão de direitos, descrevem sua evolução, sua histórica e significado, nos seguintes termos:

Foi o primeiro patamar de alforria do ser humano reconhecido por uma Constituição. São direitos que surgiram com a idéia de Estado de direito, submisso a uma Constituição. Longe da hegemonia de um soberano, cuja vontade era a lei, concebeu-se um Estado em que as funções do poder fossem atribuídas a órgãos distintos, impedindo a concentração de poderes e o arbítrio de uma ou de um grupo de pessoas. Congenitamente ao constitucionalismo, ao Estado de direito, surgem esses direitos fundamentais de primeira geração, também denominados direitos civis, ou individuais, e políticos. São os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado. Sua preocupação é a de definir uma área

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Malheiros, 1996. p. 525.

³⁵ *Idem*, p. 517.

de domínio do Poder Público, simultaneamente a outra de domínio individual, na qual estaria forjado um território absolutamente inóspito a qualquer inserção estatal. Em regra, são integrados pelos direitos civis e políticos, dos quais são exemplo o direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio etc. Trata-se de direitos que representavam uma ideologia de afastamento do Estado das relações individuais e sociais. O Estado deveria ser apenas o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência no relacionamento social. São as chamadas “liberdades públicas negativas” ou “direitos negativos”, pois exigem do Estado um comportamento de abstenção. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, apresenta exemplos caricatos, como o direito de propriedade, sem qualquer limitação (ainda não havia a concepção do cumprimento da função social da propriedade).³⁶

Os *direitos humanos de segunda dimensão* alcançam os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais, embora surgidos no final do século XIX e princípio do século XX, com a incursão da sociedade no mundo industrial, tiveram grande repercussão com o fim da Segunda Guerra Mundial em decorrência dos fatos conturbados situados nos primeiros anos do século XX.

Esse conjunto de direitos, além da realização das liberdades individuais, preocupa-se em conquistar uma igualdade de todos perante a lei. A grande dificuldade que se apresenta é que não basta a igualdade formal, mas sua materialização que se dá por meio de mecanismos de desigualdades, pois as desigualdades econômicas e sociais estavam enraizadas na sociedade em decorrência dos privilégios oriundos do capitalismo e liberalismo.

Nesse contexto o Estado passa da condição de guardião das liberdades (comportamento de abstenção, como policial das liberdades negativas) para uma posição providente com o fim de superação das carências e desigualdades sociais.

Os *direitos humanos de segunda dimensão*, ao contrário daqueles de primeira dimensão, são denominados de direitos positivos, pois reclamam do Estado ações que visem à busca da igualdade entre os seus cidadãos.

A prestação a que se obriga o Estado representa a concretização dos direitos sociais, como educação, saúde, cultura, etc. Dar possibilidades para que todos possam usufruir destes bens e terem as mesmas chances e oportunidades no convívio social. Conforme Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano, os direitos humanos de segunda dimensão traduzem:

³⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 115.

Uma etapa de evolução na proteção da dignidade humana. Sua essência é a preocupação com as necessidades do ser humano. Se os direitos fundamentais de primeira geração tinham como preocupação a liberdade contra o arbítrio estatal, os de segunda geração partem de um patamar mais evoluído: o homem, liberto do jugo do Poder Público, reclama agora uma nova forma de proteção da sua dignidade, como seja, a satisfação das necessidades mínimas para que se tenha dignidade e sentido na vida humana. A posição inicial (Estado apenas como policial das liberdades negativas) recebe novo enfoque. Essa nova forma de alforria coloca o Estado em uma posição diametralmente oposta àquela em que foi posicionado com relação aos direitos fundamentais de primeira geração. Se o objetivo dos direitos aqui estudados é o de dotar o ser humano das condições materiais minimamente necessárias ao exercício de uma vida digna, o Estado, em vez de se abster, deve fazer-se presente, mediante prestações que venham a imunizar o ser humano de injunções dessas necessidades mínimas que pudessem tolher a dignidade de sua vida. Por isso, os direitos fundamentais de segunda geração são aqueles que exigem uma atividade prestacional do Estado, no sentido de buscar a superação das carências individuais e sociais. Por isso, em contraposição aos direitos fundamentais de primeira geração – chamados de direitos negativos –, os direitos fundamentais de segunda geração costumam ser denominados direitos positivos, pois, como se disse, reclamam não a abstenção, mas a presença do Estado em ações voltadas à minoração dos problemas sociais. Também são chamados “direitos de crença”, pois trazem a esperança de uma participação ativa do Estado. Constituem os direitos fundamentais de segunda geração os direitos sociais, os econômicos e os culturais, que em sua perspectiva individual, quer em sua perspectiva coletiva.³⁷

O que diferencia os direitos da primeira com os da segunda dimensão é que, na precisa síntese de Norberto Bobbio, aqueles correspondem aos direitos de liberdade, ou um não agir do Estado; os segundos representam uma ação positiva do Estado, ou seja uma satisfação das necessidades mínimas para que se tenha dignidade e sentido na vida humana.³⁸.

A terceira dimensão de direitos humanos difere inicialmente em relação às anteriores pela amplitude dos direitos alcançados, não exatamente na sua valoração, mas no que tange ao alcance dos seus destinatários.

Enquanto no primeiro grupo o indivíduo sozinho opõe-se ao poder do Estado para restringir o direito de tutela; no segundo, exige-se uma atuação pró-ativa estatal, para possibilitar o equilíbrio de direitos entre os indivíduos; no terceiro grupo, direitos de terceira dimensão, há uma difusão dos interesses, não mais se isolando no indivíduo ou no grupo determinado, mas a coletividade. Estes últimos decorrem do aparecimento da sociedade massificada, em razão da degradação sofrida pelos direitos e liberdades fundamentais. Neste momento o ideal a ser

³⁷ *Idem*, p. 116.

³⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.

perseguido é a fraternidade, a solidariedade entre os homens e entre os povos. Representam, por isso, direitos transindividuais e difusos.

Descrevendo a realidade de conquistas de direitos Araújo e Vidal lecionam:

Depois de preocupações em torno da liberdade e das necessidades humanas, surge uma nova convergência de direitos, volvida à essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da humanidade, pensando o ser humano enquanto gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada. A essência desses direitos se encontra em sentimentos como a solidariedade e a fraternidade, constituindo mais uma conquista da humanidade no sentido de ampliar os horizontes de proteção e emancipação dos cidadãos.

Enfoca-se o ser humano relacional, em conjunção com o próximo, sem fronteiras físicas ou econômicas. Os direitos à paz no mundo, ao desenvolvimento econômico dos países, à preservação do ambiente, do patrimônio comum da humanidade e à comunicação integram o rol desses novos direitos. Se a tecnologia e as novas formas de relacionamento social e econômico criaram outras formas de submissão do ser humano, cabe ao direito constituir meios para sua alforria.³⁹

Percebe-se que os *direitos de terceira dimensão* têm como nota distintiva aos demais grupos de direitos a titularidade que é coletiva, abrangendo todos os seres humanos existentes no globo terrestre, ao mesmo tempo.

Alguns autores já concebem os *direitos humanos de quarta dimensão*, rompendo por isso a trilogia dos princípios basilares da Revolução Francesa. Trata-se de teoria incipiente e, por isso, questionada e não reconhecida por muitos outros. Nesse agrupamento estariam inseridos os temas que envolvem a utilização de novas tecnologias, do mundo globalizado e da elasticidade do conceito de soberania, com um viés voltado para a qualidade de vida dos seres vivos, e não mais numa perspectiva exclusiva do ente humano.

Paulo Bonavides, defensor deste grupo de direitos, os conceitua nos seguintes termos:

São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.⁴⁰

³⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 116 e 117.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 524 e 525.

O que interessa, efetivamente, para além de novos retoques doutrinários, é que haja a pujança quanto aos direitos humanos e sirvam de parâmetros para os editos constitucionais, não como mera formalidade, mas como vontade política e soberana de cada nação.

1.4 A Igualdade nos documentos internacionais

Vários são os documentos internacionais que trazem em seus textos o princípio da igualdade.

De todos os documentos já mencionados e que, embora não tivessem extensão internacional, refletiram na história da formação dos direitos humanos, o de maior importância e repercussão foi a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, sendo resultado de uma Revolução política na França, adotada pela Assembleia Nacional em 26/08/1789. Essa Revolução transformou toda concepção de direitos renovando-se as estruturas sociopolíticas da época, cujas repercussões refletem na atualidade.

Os fundamentos em que se assentou a Revolução permearam firmemente na história, transpondo para as novas estruturas políticas as ideias de liberdade, igualdade e fraternidade. A propósito, Fábio Comparato expressa:

A Revolução Francesa desencadeou, em curto espaço de tempo, a supressão das desigualdades entre indivíduos e grupos sociais, como a humanidade jamais experimentará até então. Na tríade famosa, foi sem dúvida a igualdade que representou o ponto central do movimento revolucionário. A liberdade, para os homens de 1789, consistia justamente na supressão de todas as peias sociais ligadas à existência de estamentos ou corporações de ofício. E a fraternidade, como virtude cívica, seria o resultado necessário da abolição de todos os privilégios.⁴¹

Neste tripé indicado pelo movimento revolucionário francês, o princípio da igualdade foi, indubitavelmente, o ponto central, porque objetivou o rompimento com o modelo absolutista monárquico, de privilégios e desigualdades, ao passo de estar disposto em mais de um artigo da Declaração, a saber:

⁴¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 117.

Artigo 1º - Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem se basear na utilidade comum.

[...]

Artigo 6º - A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm direito a contribuir pessoalmente, ou pelos seus representantes, para a formação da lei. Ela deve ser a mesma para todos, quando protege e quando pune. Sendo todos os cidadãos iguais aos seus olhos, eles são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos segundo sua capacidade e sem outra distinção além de suas virtudes e seus talentos.

[...]

Artigo 13º - Para o sustento da força pública e para as despesas da administração é indispensável uma contribuição comum; ela deve ser igualmente repartida entre os cidadãos, proporcionalmente às suas faculdades.⁴²

A importância desta Declaração assenta-se no fato de ter promovido a universalização dos direitos humanos. Dentre seus resultados imediatos mais efetivos, têm-se a preocupação com o direito humanitário, ao estabelecer a luta contra a escravidão e a regulação dos direitos do trabalhador assalariado.

Mesmo com novos ideais a humanidade passou por grandes guerras no século XX, tendo como ápice a Segunda Guerra Mundial, provavelmente a maior tragédia provocada pelo homem. O sofrimento instalado no seio da sociedade aprofundou a afirmação histórica dos direitos humanos, não sendo diferente quanto ao princípio da igualdade.⁴³ Ao término desta grande guerra, diante da extensão dos danos patrimoniais, políticos, sociais, e sobretudo com ofensas imensuráveis no que tange aos direitos fundamentais, houve uma nova compreensão do valor da dignidade da pessoa humana, onde a sobrevivência dos povos exigia a colaboração de todos na reorganização das relações internacionais. Em 26/06/1945, pouco depois do término da guerra, as nações reuniram-se na denominada Conferência de São Francisco, onde editaram a Carta das Nações Unidas, tendo seus signatários declarados membros da ONU – Organização das Nações Unidas.⁴⁴

⁴² Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, 1789.

⁴³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 42-44.

⁴⁴ O Brasil aprovou a Carta das Nações Unidas pelo Decreto-lei 7.935/1945, retificando-a em 21 de setembro.

A Carta afirma a existência de um direito de autodeterminação dos povos (artigo 55) ⁴⁵ dando a fundamentação para a elaboração do documento mais importante para os direitos humanos reconhecidos no direito moderno, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Ainda que tecnicamente seja apenas uma recomendação que a Assembleia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros, tem relevância para os textos constitucionais dos países signatários que passaram a introduzir seus ditames no ordenamento interno. ⁴⁶

Novamente o princípio da igualdade ganha destaque.

Assim é que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) prevê a igualdade tanto em seu preâmbulo como em vários artigos, alguns dos quais seguem:

PREÂMBULO

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo;

[...]

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla;

Artigo I

Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo VII

⁴⁵ Artigo 55 – Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão:

- a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social;
- b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e
- c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

⁴⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 208-211.

Todos são iguais perante a lei e têm direitos, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.⁴⁷

Percebe-se que em cada momento histórico o princípio da igualdade representa um grau de conquista dos direitos humanos. Inicialmente referido princípio tinha apenas um conteúdo formal, pois o objetivo era eliminar os privilégios de nascimento, colocando todos no mesmo patamar perante a lei. Porém, não basta superar as desigualdades do ponto de vista formal, é necessário ampliar este conceito para se alcançar a igualdade material.

Outros tantos documentos internacionais poderiam ser referenciados por trazerem em seu bojo o princípio da igualdade. Conquanto, diante dos objetivos traçados neste trabalho, e diante da impossibilidade de descrever sobre todos, cabe destacar a importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948, diante da magnitude e expansão de seu conteúdo entre diversos países, em todos os continentes, servindo de referencial para novos ordenamentos jurídicos de cunho democrático.

1.5 A Igualdade nas Constituições brasileiras

O Brasil, quando da Revolução Francesa, ainda estava sob a égide do império português, acolhendo, por óbvio, o que determinava a coroa. Já no início do século XIX, com a proclamação da independência, a primeira Constituição brasileira (1822) teve forte inspiração no movimento revolucionário francês do fim do século XVIII, acolhendo o princípio da igualdade que passou a figurar em todas as demais Constituições que a sucedeu.

Porquanto, desde sua formação política como nação independente, o Brasil insere em seu texto constitucional, expressamente, o princípio da igualdade.

É certo que anteriormente tratava da igualdade no seu aspecto formal, a igualdade perante a lei, no sentido de que a lei deverá ser aplicada de forma

⁴⁷ Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948.

igualitária sem discriminar ou privilegiar grupos ou indivíduos. Porém, a cada Constituição a essência da igualdade é vislumbrada de forma diferenciada, dependendo do regime adotado pelo Estado, democrático ou autoritário.

Para demonstrar as diversas roupagens que o princípio da igualdade assume no ordenamento pátrio, da sua regulamentação até a vigente Constituição de 1988, é necessário demonstrar sua essência, conforme o nosso histórico constitucional, citando o dispositivo e fazendo referências cronológicas pertinentes.

Na Constituição de 1824, o princípio da igualdade está disposto no artigo 179, XIII, numa cláusula geral e que assim prescreve: *A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.*

Deve-se salientar que nesse período, recém proclamada a independência do Brasil (1822) e com a necessidade de uma Constituição que reconhecesse o liberalismo então vigente, a divisão dos poderes e uma declaração constitucional dos direitos, era institucionalmente imprescindível o acolhimento do princípio da igualdade para que se pudesse conceber a formação de um novo Estado.

Manteve o regime monárquico, inspirado no sistema parlamentarista inglês, estruturando-se de forma quadripartida de Benjamim Constant, ou seja, Poder Legislativo, Poder Moderado, Poder Executivo e Poder Judiciário.⁴⁸

Nesse contexto, a Constituição deixou transparecer uma preocupação secundária com o preceito da igualdade, cuja essência foi estritamente formal, isto é, igualdade perante a lei.⁴⁹

Com a proclamação da República, em 15/11/1889, implantou-se uma federação com governo republicano, inspirado no modelo norte-americano. Dois anos seguintes foi editada a nova Constituição (1891), reconhecendo um conjunto de direitos que não apareciam no texto de 1822.

De forma um pouco mais aguda, porém sem dar ainda valoração material ao tema da igualdade, a Constituição republicana, em seu artigo 72, retratou a essência formal da igualdade.

⁴⁸ Constituição Brasileira de 1824, artigo 10.

⁴⁹ BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras: 1891*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes:

[...]

§ 2º Todos são iguais perante a lei.

A República não admite privilégio de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliários e de conselho.

Na terceira Constituição brasileira (1934), com um processo constituinte efervescente, as velhas ideias liberais foram, de certa forma, suplantadas, instituindo-se um constitucionalismo social.

Seu texto ampliou os direitos civis e políticos, incorporando os sócio-econômicos e culturais. A igualdade veio disposta no artigo 113, item 1, enaltecendo a igualdade formal como as anteriores, porém proibindo privilégios e distinções por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões, classe social, riqueza, crença religiosa e ideias políticas, declarando expressamente que ninguém poderá ser privado de seus direitos por motivo de convicções filosóficas, políticas ou religiosas.⁵⁰

Consta no artigo 113, item 1: *Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas.*

O tema da igualdade é novamente reprisado, quando inibe a distinção salarial, assim expresso no artigo 121, § 1º, letra “a”: *proibição de diferenças de salário por um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil.*

Mesmo possuindo um caráter progressista sua vigência foi curta. Com a elevação do clima político no país, Getúlio Vargas assume o poder por meio de um golpe de Estado, outorgando logo em seguida uma nova Constituição, de 1937.

O novo texto constitucional, notadamente inspirado no modelo fascista europeu, institucionalizou uma nova ordem, o “Estado Novo”, introduzindo um regime autoritário.

⁵⁰ BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras: 1934*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

Essa Carta Constitucional reduziu as funções do Poder Legislativo, acabou com a divisão dos poderes e concentrou todo o poder nas mãos de Getúlio Vargas.⁵¹

O tema da igualdade foi abordado na parte denominada “Dos Direitos e Garantias Individuais”, artigo 122, item 1, assim redigido: *Todos são iguais perante a lei.*

Manteve-se, nitidamente, a igualdade formal como característica.

Com a Constituição de 1946, houve um processo de democratização do país. Resultado da terceira Assembleia Constituinte, teve como preocupação o enriquecimento do rol dos direitos individuais, e prestigiando os de valores coletivos.⁵²

O artigo 141, § 1º, então, enfatiza o preceito da igualdade, nestes termos: *Todos são iguais perante a lei.*

Em decorrência das crises políticas que o país enfrentou a partir de 1961, foram criadas condições para a intervenção das forças armadas que tomaram o poder em 31/03/1964, por meio de golpe. Com isso, institucionalizou-se a ditadura do regime militar, convocando o Congresso Nacional – apenas para dar ares de legitimidade – para discutir e aprovar um novo texto constitucional.

Mesmo em um regime ditatorial esta nova Carta Constitucional (1967), a qual sofreu logo sensíveis modificações em 1969, dando-lhe muito mais rigor, reproduziu todos os princípios e garantias da Constituição que a antecedeu, porém ficaram apenas no papel.⁵³

A igualdade manteve seu aspecto jurídico formal, figurando no 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.*

⁵¹ BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras: 1937*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

⁵² BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras: 1967/69*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

⁵³ BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras: 1967/69*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

Vale destacar aqui que os Atos Institucionais, dentre eles o de 5/1968, que violou vários direitos e em decorrência disto a igualdade permaneceu como letra morta nesta Carta Constitucional.

Somente depois da abertura política e de um processo de transição democrática, é que, rompendo com o período ditatorial, editou-se a atual Constituição (1988). Esta nova Constituição restaurou o regime democrático, elevando o rol de direitos e garantias individuais como nunca no processo histórico brasileiro havia ocorrido.

Destarte, os Direitos e Garantias além de ganhar novo *status* – de fundamentais – houve clara preocupação do constituinte em colocá-los logo no início do texto constitucional, elevando o ente humano como prioridade no Estado Democrático Republicado.⁵⁴

Logo em seu artigo 5º, *caput*, prescreve o princípio da igualdade, cujo texto está assim redigido:

Art. 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:

E, no inciso I do mesmo artigo: *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.*

Depura-se neste contexto uma nova perspectiva para o direito brasileiro, com o rompimento de um conceito puramente formal. Neste cenário, surge para o Estado o dever de interferir nas relações sociais para uma diretriz de promoção da efetiva igualdade.

Finalizando, o princípio da igualdade, que de certa forma sempre esteve disposta nos textos constitucionais, é com a Constituição de 1988, ao declarar um novo momento no constitucionalismo brasileiro, que inaugura uma nova ideia sobre a igualdade. Essa nova visão paira sobre as desigualdades sociais, econômicas, regionais, culturais, presentes e consideradas no texto constitucional – em face do princípio do pluralismo político (art. 1º, V) e do reconhecimento da ocorrência da pobreza e da marginalização e desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III).

⁵⁴ BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras: 1967/69*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

CAPÍTULO 2

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

*A ética dos direitos humanos é a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. É a ética orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento humano.*⁵⁵

2.1 Concepções teóricas sobre a igualdade

A inserção do direito à igualdade no texto constitucional brasileiro é parte de uma luta histórica. Aliás, a conquista dos direitos de segunda dimensão demonstra uma preocupação com a dignidade da pessoa humana que, em decorrência das injustiças sociais situadas entre o século XIX e os primeiros anos do século XX levou a uma deterioração do quadro social.

Esta realidade fez surgir um novo pensamento na sociedade, a de se conquistar uma igualdade de todos perante a lei, pois as desigualdades econômicas e sociais estavam enraizadas em decorrência dos privilégios oriundos do capitalismo e do liberalismo.

Mas, afinal, qual o significado da palavra igualdade?

1. Qualidade ou estado de igual; paridade. 2. Uniformidade, identidade. 3. Equidade, justiça. 4. Propriedade de ser igual. 5. Expressão de uma relação entre seres matemáticos iguais. **Igualdade moral.** Relação entre os indivíduos em virtude da qual todos eles são portadores dos mesmos direitos fundamentais que provém da humanidade e definem a dignidade da pessoa humana.⁵⁶ (grifo nosso).

⁵⁵ PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional*. In *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Coord. Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p.47-48.

⁵⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986. p. 915.

Igualdade é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. (Aristóteles), *na medida de suas desigualdades* (Rui Barbosa).⁵⁷

Chaïm Perelman aproxima a igualdade (igualdade de tratamento - formal) à ideia de justiça, tratamento igualitário entre os seres humanos. Na sua acepção a *igualdade não tem de ser justificada, pois é presumida justa: a desigualdade, pelo contrário, se não é justificada, parece arbitrária, portanto injusta.*⁵⁸

Esta é a concepção de igualdade dada pela Revolução Francesa e se manifesta pela abolição de todos os privilégios. Daí o princípio: *todos são iguais perante a lei.*

Para Perelman a igualdade perfeita é irrealizável inserindo-se na noção de justiça (chamada por ele de justiça concreta). Diante desta premissa, faz a seguinte distribuição:

1. A cada qual a mesma coisa.
2. A cada qual segundo seus méritos.
3. A cada qual segundo suas obras.
4. A cada qual segundo suas necessidades.
5. A cada qual segundo sua posição.
6. A cada qual segundo o que a lei lhe atribui.⁵⁹

O parâmetro de justiça consiste numa certa aplicação da ideia de igualdade que, nos dizeres de Perelman, seria como *um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma.*⁶⁰

Contudo, a conquista da igualdade como direito fundamental de segunda dimensão e dentro da concepção da Revolução Francesa, consagrada pelo liberalismo clássico – *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza* – fez surgir, contraditoriamente, porém não inadvertido, uma sociedade desigual: a desigualdade de posses e bens. Sobre o assunto, Fábio Konder Comparato assim se manifesta:

⁵⁷ ATCHABAHIAN, Serge. *Princípio da Igualdade e ações afirmativas*. São Paulo: RCS Editora, 2004. p. 24.

⁵⁸ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 214.

⁵⁹ *Idem*, p. 9.

⁶⁰ *Idem*, p. 14/15.

O advento da civilização burguesa, que aboliu os privilégios e a sociedade estamental mediante a instituição da chamada isonomia ou igualdade perante a lei, serviu na realidade de pano de fundo para que se desenvolvesse, de modo rápido e devastador, a mais profunda desigualdade de posses e bens que a humanidade jamais conheceu.⁶¹

Não basta, todavia, o reconhecimento do direito à igualdade pelos principais documentos históricos e constitucionais. A desigualdade entre os homens continuou e ainda continua presente no seio da sociedade, enquanto se estiver limitado sob o manto meramente formal do preceito: igualdade *perante a lei*.

Acontece que no curso da história nem todos os grupos sociais foram atendidos igualmente. Justo em virtude de um modelo liberal, os grupos menos favorecidos se viram cada vez mais distantes dos ganhos impingidos, sobretudo num mundo globalizado e capitalista.

O Estado contribuiu decisivamente para acentuar as situações de desigualdade, na medida em que se colocou distante das questões sociais, deixando fluir livremente a economia de mercado, ditada pelo modelo liberal capitalista. Assim, deixou de fazer as reparações, pois omissos quanto à necessidade de instituição de políticas de inclusão e de desigualação⁶², aos grupos socialmente vulneráveis. Negros, mulheres, deficientes, idosos, homossexuais, pobres, dentre outros, não tiveram as mesmas oportunidades que outros grupos beneficiados. Também não foram levadas em consideração as particularidades de cada *pessoa*⁶³ no grupo social.

Não se pode prescindir que a elaboração do princípio da igualdade deve levar em conta as diferenças individuais e coletivas. É dessa premissa que se elabora uma definição de igualdade a qual forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos.⁶⁴

Nas conquistas dos direitos humanos, o princípio da igualdade representa o guardião do Estado Social, como salienta Paulo Bonavides:

⁶¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 226.

⁶² Termo utilizado por ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, jul./set., 1996.

⁶³ *Idem*, p. 18.

⁶⁴ *Idem*, p. 19.

O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do estado democrático contemporâneo.

De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito chave, o direito guardião do Estado social.⁶⁵

Para Serge Atchabahian o princípio da igualdade expressa o tratamento isonômico *na lei e perante a lei*:

O princípio da igualdade não afirma que todos os homens são iguais em sua essência. Pretende realmente expressar a igualdade de tratamento na lei e perante a lei, aplicando-se esta na forma do pensamento externado por Aristóteles, para quem méritos iguais devem ser tratados igualmente, mas situações desiguais devem ser tratadas desigualmente.⁶⁶

Vale lembrar e destacar que entre nós foi o jurista do início do século XX, Rui Barbosa, que trouxe o tema para a discussão, analisando a questão na seguinte forma:

A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente os desiguais, na medida que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei de igualdade. Tratar desigualmente os iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade aparente, e não, igualdade real.⁶⁷

Sobre estas premissas a Constituição Federal de 1988 não restringiu o princípio da igualdade apenas no seu aspecto formal, não caindo no reducionismo de criar discriminações ou desigualações na lei, para ser um instrumento de efetiva promoção da igualdade jurídica.

Com as novas discussões sobre o tema, a sua valoração ganhou um *plus*, ou seja, o princípio da igualdade no conceito contemporâneo de um estado social e democrático representa uma ação, uma força viva por parte do Estado para igualar os seus cidadãos.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 340 e 341.

⁶⁶ ATCHABAHIAN, Serge. *Princípio da Igualdade e ações afirmativas*. São Paulo: RCS Editora, 2004. p. 72.

⁶⁷ BARBOSA, Ruy. *Oração dos Moços*. São Paulo: Martins Claret, 2003. p. 19.

2.2 Igualdade e fator de discriminação

A expressão *igualdade* retrata a ideia de equivalente, de uniformidade, de identidade. No direito, o seu significado está voltado para todo o ordenamento, servindo não só ao legislador como para o aplicador da lei, assegurando o nivelamento *perante* e em *virtude da lei* a todos os cidadãos, como bem assinala Celso Antônio Bandeira de Melo:

O preceito magno da igualdade é a 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. (...) A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da igualdade e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

Em suma: dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela, hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes.⁶⁸

Este entendimento, esboçado pelo autor citado, é quase pacífico entre os estudiosos na atualidade, pois no sentido constitucional, somente haverá igualdade quando se puder dar validação a este princípio na aplicação do direito.

Partindo desta visão, deve o Estado buscar a igualdade substancial, renunciando à neutralidade, principalmente onde, por muito tempo, tiveram grupos que foram subjugados, como os negros (com a escravidão) e as mulheres (com o regime patriarcal). Estes são exemplos de que determinadas categorias de pessoas sofreram no decorrer da história discriminações, sendo marginalizadas e inferiorizadas, social, cultural e economicamente, ao tempo em que se distribuía verdadeiros privilégios para poucos.

Não se trata, com isso, de socializar privilégios, mas de eliminá-los quando nenhuma situação de desigualação plenamente justificável exigir suas adoções.

⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 09.

Neste sentido Carmem Lúcia Antunes Rocha demonstra com propriedade estas situações de injustiças que se perpetuaram historicamente:

Em nenhum Estado Democrático, até a década de 60, e em quase nenhum até esta última década do século XX se cuidou de promover a igualação e vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injusta. Os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade etc. continuam em estado de desalento jurídico em grande parte do mundo. Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política.⁶⁹

Com isso, surge uma nova percepção do princípio da igualdade, superando-se o limite do texto normativo (igualdade formal), passando a considerar as situações reais de desigualdades, ou seja, propiciando a igualdade do ponto de vista material.

Sendo assim, para que se tenha uma igualdade de fato é necessário antes *desigualar* as pessoas que se encontram em situações diferenciadas. A solução para este problema dá-se com a utilização de critérios de desigualação em termos jurídicos, ou seja, por meio da lei é que se dará um tratamento diferenciado a determinados grupos sociais com a finalidade de se obter maior igualdade substancial.

Daí surge a pergunta: é possível a lei dispensar tratamento desigual as pessoas que se encontrem em situações desiguais sem ferir o próprio princípio da igualdade esculpido na Constituição Federal?

Celso Antônio Bandeira de Melo traz a solução para esta indagação. Para este autor é possível que o ordenamento jurídico dê tratamentos diferenciados, desde que não sejam em situações fortuitas e injustificadas.

Por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo *igualdade*, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos

⁶⁹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, jul./set., 1996. p. 86.

colham a todos sem especificações *arbitrárias*, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos.⁷⁰

Nas suas lições, Celso Antônio Bandeira de Melo demonstra algumas regras que autorizam ou não tais discriminações e que servem de critérios para identificação do descumprimento à regra da isonomia. Para ele, o reconhecimento das diferenciações só pode ser validado, sem que haja quebra de isonomia, se verificadas três questões:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimem e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina á consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.⁷¹

Estes questionamentos, que servem como requisitos para acolhimento de uma situação de *discrimen*⁷², não devem ser analisados isoladamente. A norma deve se ajustar simultaneamente com todos eles, pois se não observada esta conjunção, a simples ofensa a qualquer destes requisitos desqualificará o método definido para distinção.

Porquanto, a desigualação somente consagra-se dentro do próprio princípio da igualdade quando consentâneo com todos os aspectos que justificam a excepcionalidade de regras que rompem com o critério da igualdade formal.

Após esmiuçar cada um desses aspectos, Celso Antônio Bandeira de Mello, conclui que haverá ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 18.

⁷¹ *Idem*, p. 21/22.

⁷² O termo *discrimen* é utilizado pelo autor para demonstrar situação de discriminação, diferenciação.

I - A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” – que não descansa no objeto – como critério diferencial.

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V – A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.⁷³

Destarte, desde que justificados são permitidos tratamentos jurídicos diferenciados. Para Carmem Lúcia, o princípio da igualdade teve uma reversão em seu conceito, passando de uma percepção negativa de condutas discriminatórias para uma posição positiva de condutas promotoras da igualação jurídica.

Mas se teve e ainda se tem a reversão do conceito jurídico do princípio da igualdade no Direito em benefício dos discriminados. 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.⁷⁴

A necessária justificação é consagrada também pelo Supremo Tribunal Federal que perfilhou o seguinte entendimento:

[...] O princípio isonômico revela a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. (STF – 2ª T. – Agravo de Instrumento nº 207.130-1/SP – rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 abr. 1998, p. 45).

Neste desiderato é que a Suprema Corte brasileira posiciona-se no sentido da possibilidade de dar tratamento diferenciado em situações desiguais com o fim de se atingir a isonomia entre os indivíduos (RE 453.740, ADI 3.305).⁷⁵

⁷³ *Idem*, p. 47 e 48.

⁷⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, jul./set., 1996. p. 88.

⁷⁵ Discute-se a constitucionalidade do art. 1o-F da Lei no 9.494, de 10 de setembro de 1997, o qual decorre da Medida Provisória no 2.180-35, de 24 de agosto de 2001. A Lei n. 9.494, de 1997, em linhas gerais, disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. O núcleo da

A regra é que todos sejam tratados igualmente, *perante a lei e por meio da lei*, e que só excepcionalmente, havendo razões justificadas, admitir-se-ia o tratamento desequiparado que, para Celso Antônio Bandeira de Melo, só se tornaria

discussão deste Recurso Extraordinário centra-se no aludido art. 1º-F da Lei n. 9.494, de 1997, que dispõe: 'os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano'. (...) A decisão teve por base no Enunciado no 32 das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro que dispõe: 'O disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 fere o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF) ao prever a fixação diferenciada de percentual a título de juros de mora nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos federais.' Não penso assim! O atentado à isonomia consiste em se tratar desigualmente situações iguais, ou em se tratar igualmente situações diferenciadas, de forma arbitrária e não fundamentada. É na busca da isonomia que se faz necessário tratamento diferenciado, em decorrência de situações que exigem tratamento distinto, como forma de realização da "igualdade". É o caso do art. 188 do Código de Processo Civil, que dispõe: 'computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público'. Razões de ordem jurídica podem impor o tratamento diferenciado. O Supremo Tribunal Federal admite esse tratamento, em favor da Fazenda Pública, enquanto prerrogativa excepcional (AI-AgR 349477/PR — rel. Min. Celso de Mello, DJ- 28-2-2003.) Esta Corte, à vista do princípio da razoabilidade, já entendeu, por maioria, que a norma inscrita no art. 188 do CPC é compatível com a CF/88 (RE 194925-ED-EDV Emb. Div. nos Emb. Decl. no RE, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 19-4-02). Com efeito, a Fazenda Pública e o Ministério Público têm direito a prazo em dobro para recursos (RE 133984, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 15-12-98). Não é, porém, a questão que se põe nos presentes autos. O conceito de isonomia é relacional por definição. O postulado da "igualdade" pressupõe pelo menos duas situações, que se encontram numa relação de comparação. Essa relatividade do postulado da isonomia leva segundo Maurer a uma inconstitucionalidade relativa (*relative Verfassungswidrigkeit*) não no sentido de uma inconstitucionalidade menos grave. É que inconstitucional não se afigura a norma A ou B, mas a disciplina diferenciada (*die Unterschiedlichkeit der Regelung*). A análise exige, por isso, modelos de comparação e de justificação. Se a Lei trata igualmente os credores da Fazenda Pública, fixando os mesmos níveis de juros moratórios, inclusive para verbas remuneratórias, não há falar em inconstitucionalidade do art. 1º-F, da Lei n. 9.494, de 1997. Se os trata de modo distinto, porém justificadamente, também não há cogitar de inconstitucionalidade da norma legal aqui discutida. Por fim, justificar-se-ia a identificação de inconstitucionalidade no art. 1º-F da Lei no 9.494, de 1997, se comprovada a existência de tratamento não razoável. A análise da situação existente indica não haver qualquer tratamento discriminatório, no caso, entre os credores da Fazenda Pública, que acarretem prejuízo para servidores e empregados públicos. (RE 453.740, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 28-2-07, DJ de 24-8-07) – (grifo nosso).

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 77 da Lei federal n. 9.504/97. Proibição imposta aos candidatos a cargos do Poder Executivo referente à participação em inauguração de obras públicas nos três meses que precedem o pleito eletivo. Sujeição do infrator à cassação do registro da candidatura. Princípio da "igualdade". Artigo 5º, *caput* e inciso I, da Constituição do Brasil. Violação do disposto no artigo 14, § 9º, da Constituição do Brasil. Inocorrência. A proibição veiculada pelo preceito atacado não consubstancia nova condição de elegibilidade. Precedentes. O preceito inscrito no artigo 77 da Lei federal n. 9.504 visa a coibir abusos, conferindo "igualdade" de tratamento aos candidatos, sem afronta ao disposto no artigo 14, § 9º, da Constituição do Brasil. A alegação de que o artigo impugnado violaria o princípio da isonomia improcede. A concreção do princípio da "igualdade" reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais. O direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais. Os atos normativos podem, sem violação do princípio da "igualdade", distinguir situações a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. É necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. (ADI 3.305, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 13-9-06, DJ de 24-11-06) (grifo nosso)

inadmissível se não houver correlação entre o elemento *discrímen* e os efeitos jurídicos que lhe é requerido.

Portanto, se o objetivo é alcançar a igualdade material entre as pessoas que se encontram em posições de desigualdades, somente por intermédio da lei é que se pode distingui-las, além de situações e grupos, exigindo-se que estas diferenciações estejam em harmonia com o próprio princípio da igualdade. Verificada tais situações, não se poderá negar os *discrímens*.

2.3 Aspecto formal e material do princípio da igualdade

O movimento revolucionário francês concebeu a ideia de igualdade ao aspecto meramente formal – igualdade *perante a lei* –, conquanto, ainda assim, foi marco decisivo porque serviu de referencia para inserção do princípio nas diversas constituições no mundo ocidental. Diante desta concepção, cujo fim foi justamente suplantiar os privilégios da monarquia no antigo regime, não se assegurou efetividade à proposta de igualação, posto que a simples formalização do preceito não o tornou materialmente concretizado.

É o que assinala Celso Ribeiro Bastos, para quem a concepção do princípio da igualdade de todos perante a lei remonta à Revolução Francesa:

A proclamação deste princípio da igualdade de todos perante a lei data da época da Revolução Francesa. Mas, naquela ocasião conhecia-se à perfeição o endereço do preconceito. Tratava-se de abolir a sociedade estamental então vigente. O que pretendia era fazer ruir um castelo de privilégios erigido a partir da inserção do indivíduo numa determinada classe social. Era todo um sistema de valores sendo contestado quer quanto à sua legitimidade, quer quanto à sua legalidade. Com o tempo, o princípio da igualdade, sem perder esta concepção primitiva, foi ampliando-se para impedir que os homens fossem diferenciados pelas leis, isto é, que estas viessem a estabelecer distinções entre pessoas independentemente do mérito.⁷⁶

Sem dúvida, a mera inserção legal do princípio fomentou os anseios liberais do movimento revolucionário, que empregou a ideia de liberdade à exaustão,

⁷⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 318.

no sentido de não se permitir a intromissão do Estado nas relações privadas. Com isso, e em razão dos disparates decorrentes da realidade sócio-estamental, propiciou a ascensão da burguesia como nova classe dominante, gerando as desigualdades sociais, econômicas e políticas, não se concedendo condições isonômicas de modo que os integrantes de outras classes também alçassem seus lugares ao sol nos novos modelos políticos tidos como republicanos e democráticos.

Em virtude deste quadro de desigualdades, diversos países introduziram em suas constituições, inclusive o Brasil, princípios e regras que vieram assegurar a todos os cidadãos a igualdade perante a lei (formal), independentemente de raça, credo, gênero ou origem nacional, na crença de que assim estaria garantindo acessos isonômicos de bens e direitos, o que propiciaria igualitariamente bem-estar individual e coletivo.

Todavia, a experiência tem-se demonstrado um fracasso. A descrição do princípio da igualdade nos textos constitucionais e legais não resolveu os problemas acumulados por séculos de inferioridades e discriminações. Desta constatação é que surge a necessidade de implantação de mecanismos de desigualação, de modo a dar solução à equiparação do ponto de vista material entre os indivíduos.

Para tanto, não se concebe o absentismo estatal, sobretudo porque ao se referir ao princípio da igualdade está-se diante de direitos de segunda dimensão, onde se exige a atuação marcante e decisiva. Cabem ao poder público ações que viessem a solucionar as demandas sociais e, sendo necessário, criando instrumentos diferenciadores a fim de se alcançar a igualdade efetiva.

O princípio da igualdade, compreendido nas suas acepções formal e material, é que estabelece o campo de atuação estatal. Do ponto de vista formal, seu comando tem o sentido de vedar ao Estado qualquer ato de discriminação negativa que venha beneficiar uns em decorrência de outros. Por outro lado, conforme o parâmetro material, além de não discriminar arbitrariamente, deve o Estado promover a igualdade efetiva, por meio de políticas públicas⁷⁷ que promovam

⁷⁷ Não há um conceito único de políticas públicas. Em um sentido geral, elas podem ser tomadas como programas de intervenção estatal realizados a partir da sistematização de ações do Estado voltadas para a consecução de determinados fins setoriais ou gerais, baseadas na articulação entre a sociedade, o próprio Estado e o mercado. DIAS. *Políticas públicas e questão ambiental*. In: Revista de Direito Ambiental. p. 121.

a correção das desigualdades sociais, econômicas, de acesso a serviços públicos dentre outros.

Resumindo a questão e levantando a importância sobre a necessidade da implementação de ações que visem assegurar uma igualdade de resultados, substancial ou material, em detrimento de uma postura de neutralidade por parte do Estado, Joaquim B. Barbosa Gomes, discorre sobre a incapacidade de se atingir resultados satisfatórios de igualação jurídica dos indivíduos com a simples introdução do princípio da igualdade nos textos constitucionais.

As nações que historicamente se apegaram ao conceito de igualdade formal são aquelas onde se verificam os mais gritantes índices de injustiça social, eis que, em última análise, fundamentar toda e qualquer política governamental de combate à desigualdade social na garantia de que todos terão acesso aos mesmos “instrumentos” de combate corresponde, na prática, a assegurar a perpetuação da desigualdade. Isto porque essa opção processual não leva em conta aspectos importantes que antecedem à entrada dos indivíduos no mercado competitivo. Já a chamada “igualdade de resultados” tem como nota característica exatamente a preocupação com os fatores “externos” à luta competitiva – como classe ou origem social, natureza da educação recebida -, que têm inegável impacto sobre o seu resultado.⁷⁸

A efetiva igualdade de todos numa sociedade heterogênea, exige uma atuação ativa do poder público, com respeito ao pluralismo político e sem perder o viés quanto à necessidade de um tratamento igualitário entre aqueles integrantes do mesmo grupo que justificou a postura diferenciada. Assim, é por meio do ordenamento jurídico, que o Estado pode implementar e promover políticas públicas, criando ainda condições para que a iniciativa privada também o faça, para que se possa conseguir o objetivo da igualdade de oportunidades para todos.

Como adverte Celso Bastos, *a lei deve ser igual para todos. Em função dessa igualdade resulta a garantia proporcionada pela lei. Tratando de igual forma a todos os que estão em situação idêntica, a lei previne o cidadão contra o arbítrio e discriminação infundada.*⁷⁹

No contexto atual não há espaço mais para discussões infundadas a respeito da necessidade de igualdade concreta (material). O que existe de real é a

⁷⁸ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 80.

⁷⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 318.

ideia de se dar efetividade à aplicação de tal princípio, buscando o equilíbrio entre os indivíduos na sociedade.

Em razão disso, urge discriminar determinados grupos sociais com o fim de reverter o quadro de exclusão de oportunidades, incumbindo ao Estado arregar a si a missão de produzir a equalização como compromisso constitucional.

Em pleno século XXI não se pode ter uma visão tosca e liberal do princípio da igualdade. Exige-se das sociedades contemporâneas, sobretudo daquelas que se propõem democráticas de direito, a materialização deste princípio, superando-se sua singela abstração formal, reconhecendo-se as desigualdades, para então acolher tais diversidades e diferenças ocorrentes no seio social, dando então tratamento desigual com o propósito de igualar oportunidades e direitos.

Perfilhando deste entendimento na defesa da igualdade material, Daniel Sarmento salienta que o direito à diferença não está em colisão com a igualdade, mas é antes uma de suas facetas:

[...] é essencial não confundir igualdade com homogeneidade. Respeitar a igualdade, de acordo com a conhecida definição dworkiniana, é “tratar a todos com o mesmo respeito e consideração”. E não se trata com o mesmo respeito e consideração um *outsider* ou integrante de um grupo minoritário, que não compartilhe dos mesmos valores, estilo de vida e projetos da maioria hegemônica, quando não se reconhece o seu direito de ser diferente e de viver de acordo com esta diferença. Como afirmou Boaventura de Sousa Santos – autor que não pertence à mesma escola intelectual de Dworkin, mas que parece em sintonia com ele neste ponto – “*temos o direito de ser igual quando a diferença nos inferioriza; temos o direito de ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza*”. Aliás, poder-se-ia talvez emendar o grande sociólogo português, afirmando que o direito à diferença não está em colisão com a igualdade, mas é antes uma importante faceta sua.⁸⁰

Não restam dúvidas. A interpretação do princípio da igualdade deve avaliar a existência de desigualdades e das injustiças causadas por tal situação e, neste processo hermenêutico, buscar a isonomia de direitos e oportunidades.

No Brasil, em razão de vários fatores (sociedade conservadora e liberal; coronelismo rural, pautada num modelo sócio-familiar de forte ascendência patriarcal e que ainda deixa traços na nossa formação cultural; racismo e preconceito disfarçados, etc.), principalmente pela tomada do poder político pela junta militar de

⁸⁰ SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.133.

1964, a inserção do princípio da igualdade sob os focos formal e material somente ocorreu com a Constituição de 1988, estando expressamente delineado no artigo 5º, *caput*.

Observa-se que no corpo do texto de um único artigo o constituinte por duas vezes faz menção ao princípio da igualdade, ao mencionar que *todos são iguais perante a lei*, e quando destaca a *inviolabilidade do direito à igualdade*.

Não existe texto legal sem sentido ou relevância. Por isso é que a situação descrita no preceito constitucional acima copilado não é mera redundância, mas enfoque com significação, com nítida distinção entre a igualdade formal e a igualdade material. No primeiro momento o constituinte impôs a igualdade de tratamento a todos, não se permitindo privilégios a nenhum grupo ou indivíduo; no segundo tópico, ao se referir ao direito de igualdade, abriu caminho e exigiu que a lei (e somente por lei pode-se desigualar), atendendo aos ditames constitucionais que fundam os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, para *construção de uma sociedade livre, justa e solidária*, bem ainda para *erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais* (art. 3º), estabeleça políticas e programas distintos com o fito de ascender o verdadeiro princípio da igualdade.

Defensora desta ideia da necessidade de uma igualação material, Carmem Lúcia, explana que a Constituição Federal de 1988, indubitavelmente, marcou de forma decisiva no sentido de se assegurar e buscar a igualdade material. E isso é latente, principalmente quando se vê a redação do art. 3º, incisos I, III e IV, os quais representam a possibilidade de uma atitude positiva por parte do Estado com o fim de dar efetividade ao princípio da igualdade.⁸¹

Por este aspecto, e aqui detidamente para evolução do princípio da igualdade, a Constituição Federal de 1988 representa um marco no direito e na história, dado a ampla participação e discussão em torno da construção de uma sociedade mais igualitária e democrática, onde o cidadão adquire maior *status* sendo visto como participante das decisões e controles sobre os direitos fundamentais garantidos na nova ordem jurídica.

⁸¹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, jul/set. 1996. p. 92.

A nova percepção constitucional é reconhecida de plano no artigo 1º, da Constituição Federal, quando enaltece a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político como fundamentos da República Federativa do Brasil. Com isso abre-se uma visão diferenciada quanto ao princípio da igualdade, não mais sob a perspectiva do modelo do Estado Liberal, com a neutralidade do poder público, porém com sua participação incisiva, num modelo político completamente diverso, o do Estado Social. Justo, em decorrência das demandas provocadas por uma concorrência social desigual, diante das oportunidades (e não oportunidades) dadas a cada grupo, é que se exige a atuação pró-ativa do poder estatal, não só regulamentando os interesses de todos, como agindo decisivamente em busca da igualdade material, onde proporcione a inclusão de todos aqueles que estão marginalizados e excluídos no contexto social.⁸²

No Estado Democrático de Direito, a igualdade deve ser vista como um fator de inclusão, de participação e de oportunidades por toda a sociedade, onde todas as pessoas sejam reconhecidas em seus direitos, reciprocamente. Sobre o tema Habermas afirma:

Uma ordem não pode limitar-se apenas a garantir que toda pessoa seja reconhecida em seus direitos por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos deve apoiar-se, além disso, e leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais, de modo que “a liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos.”⁸³

O ordenamento jurídico brasileiro funda-se, depois da Constituição de 1988, neste objetivo de propiciar a todos a efetiva igualdade. Para tanto, rompe com o conceito puramente formal, eliminando a passividade do Estado quando se via num estágio de não interferência para, sem deixar de distinguir os cidadãos por qualquer natureza, exigir-lhe o estabelecimento de políticas diferenciadas numa diretriz de promoção da efetiva igualdade, ou seja, a igualdade material.

Diante deste novo paradigma o princípio da igualdade não se limita à ideia fundamental da isonomia de direitos, mas passa a ser um dos elementos

⁸² Em diversos dispositivos a Constituição Federal reconhece a igualdade material: a) art. 3º, I, III e IV; b) art. 4º, VIII; c) art. 5º, I, XXXVII, XLI e XLII; d) art. 7º, XX, XXX, XXXI, XXXII e XXXIV; e) art. 12, §§ 2º e 3º; f) art. 14, *caput*; g) art. 19, III; h) art. 23, II e X; i) art. 24, XIV; j) art. 37, I e VIII; k) art. 43, *caput*; l) art. 146, III, “d”; m) art. 150, II; n) art. 183, § 1º e 189, parágrafo único; o) art. 203, IV e V; p) art. 206, I; q) art. 208, III; r) art. 226, § 5º; s) art. 231, § 2º etc.

⁸³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

básicos para a efetivação e aplicabilidade da justiça, na medida em que esta pode ser compreendida como realização da igualdade legítima.

A herança histórica de grupos marginalizados, explorados e excluídos, sem qualquer promoção, tem que ser superada com a compreensão exata da necessidade de desigualação para se atingir a concretude da igualdade. Os instrumentos para a superação destas dicotomias sociais se dão pela via das ações afirmativas de políticas de discriminação positiva, as quais têm respaldo e amparo no texto constitucional (arts. 1º, 3º, 5º, CF).

Não obstante, o fato é que há ainda enormes resistências quanto a percepção destes instrumentos de políticas públicas. No meio acadêmico, apesar da demora para se encontrar o novo foco desta discussão, apresentado-se no primeiro momento de forma tímida, já há sinalização para uma visão doutrinária consentânea com o real enfoque do princípio da igualdade, numa dimensão ampla e com o reconhecimento de políticas públicas voltadas para os desiguais. Na esfera política, alguns passos foram dados, inclusive com a edição de leis que buscam compensar grupos vulneráveis ou fragilizados, estabelecendo regras diferenciadas de modo a salvaguardar seus interesses, permitindo assim a igualação material.

CAPÍTULO 3

AÇÕES AFIRMATIVAS

Cidadania não combina com desigualdade. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. E, no entanto, no Brasil que se diz querer republicano e democrático, o cidadão ainda é uma elite, pela multiplicidade de preconceitos que subsistem, mesmo sob o manto fácil do silêncio branco com os negros, da palavra gentil com as mulheres, da esmola superior com os pobres, da frase lida para os analfabetos.⁸⁴

3.1 Definição e objetivos das Ações Afirmativas

O caminho a ser perseguido para se atingir a igualdade efetiva passa, obrigatoriamente, por uma nova tomada de posição do Estado e da sociedade que, em conjunto, deverão trabalhar com ações que visem a extinguir as discriminações, preconceitos e desigualdades.

A comprovação desta interação deu-se com a tomada de posição da Suprema Corte dos Estados Unidos quando, ainda na década de 1960, interpretou o real significado do princípio da igualdade, destacando a importância dos direitos humanos. Ao enfrentar o tema dos direitos humanos, a Corte americana enfrentou com clareza o problema da dissociação da igualdade formal com sua materialização. Assim, reconheceu situações de desigualdades sociais em razão de determinados grupos, trazendo como solução jurídica e política as ações afirmativas. Com isso, impôs ao poder público a adoção de medidas que tiveram como objetivo ampliar a igualdade de oportunidades na educação e no mercado de trabalho, a fim de criar condições de acesso aos grupos minoritários, especificamente de negros.

⁸⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, jul./set., 1996. p. 99.

O tema, entretanto, ganhou mais espaço a partir dos trabalhos da Conferência Mundial de Durban na África do Sul em 2001⁸⁵, que descreveu as ações afirmativas como mecanismos para a redução da desigualdade social entre determinados grupos que historicamente se viram excluídos do processo de desenvolvimento. A partir deste momento, o Brasil se comprometeu a adotar, oficialmente, após assinar a Declaração de Durban⁸⁶, medidas para eliminar o racismo, o preconceito, a discriminação e a falta de oportunidades para o afro-brasileiro.

Porém, em que pese a concepção das políticas de ações afirmativas a mais de 40 anos, e o compromisso brasileiro em Durban, o tema ainda é recente e bastante polêmico no Brasil⁸⁷, a partir das controvérsias na identificação do seu próprio significado, aceitação de políticas diferenciadoras, e, com isso, as dificuldades de aplicação aos casos concretos, via de regra por resistência daqueles que sempre viram-se contemplados.

Quanto ao aspecto doutrinário, o assunto tem sido ao menos consideravelmente discutido, não havendo maiores dificuldades na sua compreensão teórica. Vários autores brasileiros têm debruçado com vigor em relação ao tema.

⁸⁵ Conferência Mundial que discutiu sobre o racismo, xenofobia, desigualdades raciais e intolerância correlata. Na Declaração prescreve estratégias para alcançar a igualdade plena e efetiva, abrangendo a cooperação internacional e o fortalecimento das Nações Unidas no combate ao racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata. Destaca o trabalho a necessidade de se desenhar, promover e implementar em níveis nacional, regional e internacional, estratégias, programas, políticas e legislação adequados, os quais possam incluir medidas positivas e especiais para um maior desenvolvimento social igualitário e para a realização de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais de todas as vítimas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata. Reconhece a necessidade de serem adotadas medidas especiais ou medidas positivas em favor das vítimas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata com o intuito de promover sua plena integração na sociedade. As medidas para uma ação efetiva, inclusive as medidas sociais, devem visar corrigir as condições que impedem o gozo dos direitos e a introdução de medidas especiais para incentivar a participação igualitária de todos os grupos raciais, culturais, lingüísticos e religiosos em todos os setores da sociedade, colocando a todos em igualdade de condições.

⁸⁶ A Declaração de Durban considerou a escravidão e o tráfico de escravos como crimes contra a humanidade e ainda reconheceu que os africanos e os afro-descendentes continuam sendo vítimas desses crimes.

⁸⁷ No Brasil, a desinformação e um aprofundamento sobre o tema fez com que as ações afirmativas tenha um conceito equivocado, confundido-a com sistema de cotas. Na realidade este sistema representa apenas um modo de implementação de políticas de ação afirmativa. Porém, aqueles que insistem em relacionar os temas e negá-los, apenas reafirma o preconceito existente na sociedade brasileira e a resistência quanto à políticas de igualação.

Joaquim Barbosa traduz as ações afirmativas como:

[...] um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebida 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.⁸⁸

Compreende-se, porquanto, que ações afirmativas são todas as medidas privadas ou de políticas públicas objetivando soerguer determinados seguimentos da sociedade para que possam ter as mesmas oportunidades de competição em virtude de terem sofrido discriminações ou injustiças sociais.

Para Daniel Sarmento as políticas de ações afirmativas são:

[...] medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não que visam a promover a igualdade substancial, através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável, e que sejam vítimas de discriminação e estigma social. Elas podem ter focos muito diversificados, como as mulheres, os portadores de deficiência, os indígenas ou os afrodescendentes, e incidir nos campos mais variados, como educação superior, acesso a empregos privados ou cargos públicos, reforço à representação política ou preferências na celebração de contratos.⁸⁹

Vale destacar que as ações afirmativas existem para favorecer minorias sociais. Carmem Lúcia Antunes Rocha adverte que o termo “minorias” não guarda correlação no sentido quantitativo, mas no de qualificar juridicamente determinados grupos que foram discriminados⁹⁰.

Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, ações afirmativas são discriminações justificadas⁹¹ para se atingir a igualdade.

Para Daniel Sarmento as ações afirmativas podem ser fundamentadas em quatro justificativas: *justiça compensatória, justiça distributiva, promoção do pluralismo e fortalecimento da identidade e auto-estima do grupo favorecido*.⁹²

⁸⁸ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 40.

⁸⁹ SARMENTO, Daniel. *Livre e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006. p. 154.

⁹⁰ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, jul./set., 1996. p. 91.

⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 12-13.

A justiça compensatória, como o próprio nome diz, representa as medidas afirmativas com o objetivo de compensar determinados grupos que em razão de injustiças e discriminações sofridas tiveram acesso desigual de oportunidades. Esta ideia é bastante criticada por adeptos das ações afirmativas como Ronald Dworkin⁹³ e por Joaquim Barbosa Gomes⁹⁴, os quais defendem que a questão está situada mais na justiça distributiva do que na compensatória ou reparatória.

A concepção das ações afirmativas como medida de justiça distributiva, é mais aceita e diz respeito à *necessidade de se promover a redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens, riquezas e outros importantes bens e benefícios entre os membros da sociedade.*⁹⁵ Aqui repousa o entendimento de que o indivíduo tem direito de reivindicar determinadas vantagens e benefícios aos quais não teve por injustiças cometidas. Enquanto a justiça compensatória é retroativa, visa a reparar danos causados no passado, a distributiva baseia-se na busca da justiça no presente.

As ações afirmativas, neste contexto, não servem apenas para reparar erros do passado, mas para corrigir diferenças que vão surgindo ao longo da vida e que são impostas pela sociedade, pelos seus preconceitos, discriminações e valores morais. Assim, poderíamos justificá-las, por exemplo, quanto ao racismo e ao sexismo, grupos que enfrentam obstáculos na distribuição de bens, benefícios, vantagens e oportunidades que foram monopolizados por outros grupos.

Por isso é que a tese da justiça distributiva é a mais aceita pelos adeptos das ações afirmativas, que nela vêem o seu fundamento definitivo. E o fundamento está no princípio do pluralismo político, de cunho mais moderado pelos estudiosos, porque leva em conta a multi-etnia e o pluriculturalismo da sociedade. Diante da

⁹² SARMENTO, Daniel. *Livre e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006. p. 154.

⁹³ As grandes universidades esperam educar mais negros e outros alunos minoritários, não para compensá-los por injustiças passadas, mas para proporcionar um futuro que seja melhor para todos, ajudando-os a acabar com a maldição que o passado deixou sobre todos nós. (DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 606.

⁹⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 65.

⁹⁵ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 66.

riqueza que isto representa para um país, não pode haver segregação de um grupo ou etnia em decorrência de outros devendo haver harmonia, respeito e aprendizado de uma cultura em relação às demais.

A última é o do fortalecimento da auto-estima do grupo favorecido que seria uma justiça embasada no reconhecimento, com o fim de quebrar estereótipos negativos. A partir do momento que indivíduos ou grupos inferiorizados ocupem posição de destaque servem de inspiração e influência para que outros busquem melhores resultados através destas medidas. Possui, obviamente, cunho meramente moral.

Contudo, a maioria dos estudiosos caminha no sentido de acolhimento da justiça distributiva por parecer a mais coerente com a verdadeira essência das ações afirmativas e de proporcionar a igualdade efetiva na sociedade, levando-se em consideração a pluralidade, a diversidade e a diferença existentes, procurando redistribuir os bens, vantagens e oportunidades

A par desta concepção, Álvaro Ricardo de Souza Cruz, afirma que as ações afirmativas são:

Uma necessidade temporária de correção de rumos na sociedade, um corte estrutural na forma de pensar, uma maneira de impedir que relações sociais, culturais e econômicas sejam deterioradas em função da discriminação. Negar as ações afirmativas significa negar a existência da própria discriminação ou negar as conquistas que elas trouxeram, especialmente na sociedade norte-americana.⁹⁶

Nesta perspectiva, as ações afirmativas representam um conjunto de medidas, públicas ou privadas, podendo ser compulsórias ou facultativas. Tem sempre caráter temporário, porque deixa de existir assim que cumprem com o papel previamente definido.

No plano político, as ações afirmativas compreendem a busca da igualdade efetiva e concreta, materializando-se em medidas que levam em conta as particularidades das minorias e de membros pertencentes a grupos em desvantagens por processos históricos de segregação, exclusão e violência, levados ao cabo por políticas de Estado segregacionistas. Há, com isso, a superação da

⁹⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 134-135.

igualdade formal, donde bastaria a aplicação das mesmas regras de direito para todos; tratar igualmente os desiguais é perpetuar a desigualdade.

Assim, as ações afirmativas têm como principal objetivo a concretização da igualdade de oportunidades, promovendo a isonomia entre os diferentes grupos sociais vulneráveis.

Para Joaquim Barbosa Gomes, além deste objetivo destacam-se também: a) coibir as discriminações do presente; b) eliminar os efeitos persistentes (psicológicos, culturais e comportamentais) das discriminações do passado; c) implantar uma diversidade e representatividade dos grupos minoritários diversos campos das atividades públicas e privadas.⁹⁷

Uma vez acolhidas e implementadas políticas de ações afirmativas, espera-se que haja possibilidade às minorias para um resgate psicológico, cultural e comportamental, propiciando a eliminação das discriminações e preconceitos arraigados na sociedade.

3.2 Ações Afirmativas: a experiência norte-americana

O sistema da segregação racial norte-americano – *apartheid* – fez com que surgissem na década de 60 várias demandas judiciais revelando uma verdadeira crise ética, incorporada à consciência coletiva, expressa na intensa discriminação racial existente nos Estados Unidos da América, principalmente na área educacional que separava os brancos dos negros.

A questão segregacionista ganhou força com a Segunda Guerra Mundial, pois, mulheres e negros começaram a ascender no mercado de trabalho, passando a ocupar o espaço deixado pelos trabalhadores brancos e do sexo masculino que foram para os campos de batalha.

⁹⁷ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 47.

Frente a estes fatos, várias manifestações públicas, sobretudo aquelas promovidas pelos representantes das causas a favor dos negros, começaram a denunciar as discriminações raciais existentes na sociedade americana.

Ocorre que, com o fim da Segunda Guerra e o retorno do “homem branco”, o pequeno avanço no que diz respeito à integração racial e à participação da mulher no âmbito social e econômico retrocede.

Somente em 1954 é que a Suprema Corte Americana enfrenta a questão racial em uma decisão que é considerada uma das mais importantes da história desse Tribunal⁹⁸. Trata-se de um processo que envolve vários estudantes negros, que pleiteavam o acesso a determinadas instituições públicas, com respaldo no princípio da igualdade⁹⁹. Os juízes da Corte divergiram em seus entendimentos, na sessão de 13 de dezembro de 1952. O juiz Vinson deixou entender que não estava convencido de que a doutrina *separados, mas iguais*¹⁰⁰ deveria ser abolida, pois foi instituída pela Décima Quarta Emenda de 1868, razão pela qual o julgamento foi prorrogado.

Com a morte de Vinson e a presidência da Corte sendo assumida pelo juiz Earl Warren o caso voltou a ser apreciado. O seu pronunciamento foi no sentido de que, como houve grandes divergências nos debates anteriores o assunto deveria ser enfrentado, devendo ser tratado informalmente sem votações. Para ele a segregação racial e a doutrina *separados, mas iguais* destacava a inferioridade dos indivíduos negros¹⁰¹. O seu pronunciamento teve um impacto na opinião dos demais integrantes que, após novas discussões, e em uma segunda audiência a unanimidade foi alcançada.

⁹⁸ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (Affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 77-80.

⁹⁹ Aos negros era imposto o sistema segregacionista, mediante leis locais, onde não podiam frequentar determinadas instituições públicas, frequentadas apenas por brancos.

¹⁰⁰ Posicionamento inicialmente defendido pela Suprema Corte nos primeiros casos envolvendo discriminação racial, onde encampou a ideia de que negros e brancos devem ser separados, mas são considerados iguais – *separados mas iguais*. Foi amplamente adotada no período compreendido entre 1896 e 1954.

¹⁰¹ “Na ocasião, o Ministro Warren asseverou: “Não vejo como no dia e na época de hoje podermos separar um grupo do restante e dizer que eles não têm direito a exatamente o mesmo tratamento de todos os outros. Fazer isto seria contrário às Décima Terceira, Décima Quarta e Décima Quinta Emendas. Elas visavam a tornar os escravos iguais a todos os outros. Pessoalmente, não consigo ver de que forma podemos hoje justificar a segregação unicamente com base na raça”. (MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (Affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 82.)

Assim, após discorrer sobre os fundamentos da decisão, no sentido de que a segregação não proporcionava a igualdade de oportunidades, o Colegiado apresentou o resultado do julgamento: *concluímos, unanimemente, que no campo da educação pública a doutrina de separados mais iguais não tem lugar. Instalações educacionais separadas são intrinsecamente desiguais*¹⁰².

Em decorrência desta decisão, que limitou as hipóteses de segregação racial nas instituições de ensino, várias outras decisões acabaram com as restrições raciais existentes em parques, praias públicas, ônibus, restaurantes e auditórios municipais.

Outros tantos casos podem ser relatados para destacar historicamente as mudanças em torno da ideia da igualdade de direitos. Porém, destacam-se as posições vanguardistas da Suprema Corte americana¹⁰³ na década de 60 em defesa dos direitos fundamentais das minorias, que dispõe a debater e enfrentar o problema objetivamente.

Em contraposição, no Brasil as autoridades preferem esconder e usar um discurso demagógico em prol das minorias e o Poder Judiciário que deveria ser o ponto de equilíbrio em prol da efetiva igualdade ainda mantém uma postura conservadora.

O papel do Judiciário americano foi de suma importância para por fim a segregação racial e fazer aflorar na sociedade vários movimentos em favor dos direitos humanos. Porém, esta nova postura da Suprema Corte foi insuficiente para combater o preconceito e a desigualdade social¹⁰⁴.

¹⁰² MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (Affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 85.

¹⁰³ Outros casos que podem ser destacados da Suprema Corte: *Regents of the University of California v. Bakke* (1978) – discute a legitimidade da destinação de 16% das vagas no processo de admissão da Faculdade de Medicina para membros pertencentes a grupos minoritários. *United Steelworkers of América v. Weber* (1979) – confirma a legitimidade de um plano voluntário para contratação de trabalhadores negros até chegar à representação da força de trabalho racialmente compatível com a população local. *Fullilove v. Klutznick* (1980) – reconhece a constitucionalidade de lei federal que destinava certo percentual dos contratos públicos a minorias. *Johnson v. Transportation Agency* (1987) – único caso a tratar de medida de ações afirmativas fundada no gênero. Reconhece a legitimidade de um plano para contratações e promoções para aumentar a representatividade feminina entre os empregados. (RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 167-174).

¹⁰⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 157.

Assimilando a necessidade de um posicionamento político, em 1960, John Kennedy, Presidente dos Estados Unidos, destacou em seus discursos o descaso e a negligência que estavam submetidas às classes minoritárias em setores como educação, saúde e previdência social.

Ao propor condições para estabelecimento de igualdade de oportunidades e erradicar a discriminação e o preconceito nas relações mantidas entre o governo federal e seus contratados criou em 6 de março de 1961 a Comissão para a Igualdade de Oportunidades de Emprego (Ordem Executiva nº 10.925) , impondo aos projetos financiados com fundos federais a adoção da *ação afirmativa* para assegurar que a contratação e o emprego estivessem livres de preconceitos raciais¹⁰⁵ e pela primeira vez surge este termo integrou um texto oficial.

As ideias do Presidente Kenedy geraram grande hostilidade na sociedade norte-americana. Todavia não serviram para diminuir o seu empenho em aprovar vários projetos de leis que tiveram grande repercussão social. Destaca-se aqui a *Equal Pay Act* (Lei da igual de remuneração), de 1963, que proibiu discriminação quanto ao trabalho das mulheres exigindo que recebessem uma remuneração igual a dos homens.

Com a morte prematura, de Kennedy, em 22 de novembro de 1963, assume o Vice-Presidente Lyndon B. Johnson, o qual deu continuidade aos projetos já encaminhados pelo seu antecessor. Registra-se aqui o *Civil Right Act* (Ato dos Direitos Civis), de 2 de julho de 1964, que proibiu todos os tipos de discriminação baseada na raça, cor, religião ou origem nacional¹⁰⁶.

No entanto, estas medidas, não foram suficientes, levando o Presidente Johnson a adotar uma postura mais agressiva no combate à discriminação. Em 4 de junho de 1965, em discurso proferido na Howard University, perante graduandos, definiu o conceito de ações afirmativas e afirmou que os direitos civis não são

¹⁰⁵ De acordo com a Ordem Executiva nº 10.925: *o contratante não discriminará nenhum funcionário ou candidato a emprego devido a raça, credo, cor ou nacionalidade. O contratante adotará ação afirmativa para assegurar que os candidatos sejam empregados, como também tratados durante o emprego, sem consideração a sua raça, seu credo, sua cor ou nacionalidade. Essa ação incluirá, sem limitação, o seguinte: emprego; promoção; rebaixamento ou transferência; recrutamento ou anúncio de recrutamento; e seleção para treinamento, inclusive aprendizado.*

¹⁰⁶ O *Civil Right* impôs a proibição de discriminação ou segregação em lugares ou alojamentos públicos (Título II); a proibição de qualquer discriminação no mercado de trabalho calcada em raça, cor, sexo ou origem nacional (Título VII).

suficientes para sanar a discriminação¹⁰⁷. Com isso sinalizou os próximos passos que seriam dados:

Você não pega uma pessoa que durante anos esteve acorrentada, e a libera, e a coloca na linha de partida de uma corrida e diz, 'Você está livre para competir com todos os outros', e ainda acredita, legitimamente, que você foi totalmente justo. Assim, não é suficiente apenas abrir os portões da oportunidade, todos os nossos cidadãos devem ter a capacidade de atravessar esses portões.

Em decorrência deste pronunciamento, em 24 de setembro de 1965, foi expedida a Ordem Executiva 11.246 exigindo, além da erradicação de práticas discriminatórias, a implementação das ações afirmativas, e com elas estabelecendo medidas efetivas em favor das minorias raciais e étnicas.

Este ato presidencial foi o marco definitivo para as ações afirmativas nos Estados Unidos da América, porque a partir de seu surgimento é que as minorias tiveram um instrumento legal com fim de assegurar igualdade de oportunidades.

Coube, então, a partir daquele momento, àquela autoridade norte-americana inflamar o movimento que ficou conhecido e foi, posteriormente, adotado, especialmente pela Suprema Corte norte-americana, como a *affirmative action*, que comprometeu organizações públicas e privadas numa nova prática do princípio da igualdade no Direito. A expressão *ação afirmativa*, utilizada pela primeira vez numa ordem executiva federal norte-americana do mesmo ano de 1965, passou a significar, desde então, a exigência de *favorecimento* de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desigualada, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais.¹⁰⁸

Em 1969, Richard Nixon, assume a Presidência dos Estados Unidos, e preenche o cargo de Secretário do Trabalho com um negro, Arthur Fletcher, entregando-lhe a tarefa de elaboração de um projeto que viesse a tornar efetivas as disposições da *Civil Right Act* (Ato dos Direitos Cívicos) de 1964. Este trabalho resultou na *Philadelphia Plan* (Plano da Filadélfia), impondo às partes que mantivessem contratos com o governo federal a adoção de programas de ação afirmativa a fim de corrigir as discriminações existentes em relação à mulher e às minorias raciais.

Percebe-se que no Judiciário e no Executivo americano a questão das ações afirmativas foram encaradas e debatidas abertamente. Houve, primeiramente,

¹⁰⁷ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, jul./set., 1996. p. 87.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 87.

o reconhecimento formal de que a sociedade era preconceituosa e que discriminava determinados grupos, admitindo assim a necessidade da adoção de medidas que viessem a igualar estas minorias.

Fruto das mudanças ocorridas nos Estados Unidos, no cenário internacional, a ideia das ações afirmativas foi objeto da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Mais de uma década depois, em 1979, foi editada a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.

Esta experiência das ações afirmativas expandiu-se para diversos países que a adotaram como opção de garantir uma democracia de inclusão social. O modelo norte-americano ultrapassou fronteiras e em determinados países passou a constar claramente em seus textos constitucionais. Como exemplo destaca-se o Canadá que no artigo 15, do *Constitution Act* de 1982 prescreve a igualdade perante a lei como regra geral com a proibição de discriminação, ao passo que no parágrafo segundo traz claramente a *affirmative action clause* (cláusula de ação afirmativa), descrevendo as exceções a esta regra.¹⁰⁹

Na África do Sul, após o regime de *apartheid*, foi aprovada a Constituição e inserida em seu texto a possibilidade de adoção das ações afirmativas como meio de equalizar as desigualdades existentes.¹¹⁰

No direito brasileiro, em que pese a ocorrência expressa no texto constitucional de políticas de ação afirmativa, a realidade ainda é outra.¹¹¹ As

¹⁰⁹ 15. 1. Todos os indivíduos são iguais perante e sob a lei, e têm direito à igual proteção e ao igual benefício da lei sem discriminações e, em particular, sem discriminação baseada em raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, idade, ou deficiência física ou mental.

15. 2. A subseção 1 não impede qualquer lei, programa ou atividade que tenha como seu objeto a melhoria das condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos, incluindo aqueles que estão em desvantagens devido a raça, origem étnica ou nacional, cor, religião, sexo, idade, ou deficiência física ou mental.

¹¹⁰ 9. 2. A igualdade perante a lei inclui a plena igual fruição de todos os direitos e liberdades. Para promover a obtenção dessa igualdade, medidas legislativas e outras que visem proteger ou favorecer pessoas, ou categorias de pessoas prejudicadas por discriminação injusta poderão ser tomadas.

¹¹¹ Celso de Albuquerque Mello, estudioso em direito internacional traz a seguinte crítica quando a postura do judiciário brasileiro sobre o tema: “A conclusão que podemos apresentar é que o Poder Judiciário, principalmente os tribunais superiores em Brasília, adota uma posição ultrapassada no Direito Constitucional e no DIP. Esta última disciplina não é conhecida pelos tribunais brasileiros e os seus integrantes a ignoram. O espírito da Constituição de 1988 era de ser, como foi dito pelo Presidente da Assembléia Constituinte, Deputado Ulisses Guimarães, uma “Constituição cidadã” e os nossos tribunais superiores a transformam em uma constituição reacionária dentro do espírito dos seus ministros. Utilizo a palavra reacionária no seu sentido técnico, que significa voltar atrás.

discussões sobre o tema acham-se atrasadas a décadas, havendo ainda resistências quanto a admissão destas medidas de ações afirmativas. O Poder Judiciário, que haveria de ser o fiel da balança em prol da plenitude da igualdade – material – até então tem se pronunciado de modo muito tímido, não assumindo o papel de verdadeiro guardião da Constituição de 1988.

3.3 Ações Afirmativas e os Documentos Internacionais ratificados pelo Brasil

O movimento de internacionalização dos direitos humanos é recente, face a sua discussão. Surge no segundo pós-guerra frente às atrocidades cometidas principalmente durante o regime nazista. Se os fatos ocorridos na Segunda Guerra mundial representaram um rompimento de qualquer respeito ao ente humano, o seu porvir deveria significar o resgate dos direitos.

Emerge no Direito Internacional diversos instrumentos (tratados, convenções, declarações, pactos, etc) de proteção de direitos humanos com o intuito de coibirem discriminações, sofrimento, tortura, bem como promover políticas de promoção da igualdade.

A Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, foi o marco do processo desta reconstrução. Simbolizou uma nova concepção em relação aos direitos humanos, atribuindo-os ao ente humano como condição única de ser pessoa, merecedora de respeito e dotada de direitos e dignidade. Com isso, os direitos humanos passaram a ser o mote a *individualizar* e personificar o ser humano, representando uma unidade que deve ser observada. Foram *internacionalizados*, a partir do momento em que os países ratificaram-nos, começando um novo momento histórico de prevalência a estes direitos¹¹², que é denominada por Bobbio de *a era dos direitos*.¹¹³

(MELLO, Celso de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro, Renovar, 1994. p. 28.

¹¹² PIOVESAN, Flávia. GOMES, Luiz Flávio. (Coords.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 18.

¹¹³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Depois da Declaração de 1948, diversos outros documentos surgiram para proteger os direitos humanos em questões mais pontuais, podendo aqui ser destacada a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial e a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.

É importante ressaltar que no direito brasileiro, segundo o artigo 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal, os tratados e convenções internacionais, uma vez ratificados, passam a integrar o ordenamento interno com força de norma constitucional.¹¹⁴

Destarte, os instrumentos que surgiram em virtude dos preconceitos étnicos, raciais e de gênero cometidos na história da humanidade, e que trazem mecanismos de controle e fiscalização para a eliminação de todas as formas de discriminação racial e contra a mulher, sejam tratados ou convenções que foram ratificadas pelo Brasil, entraram no ordenamento jurídico como norma a ser seguida, observadas as exigências previstas nos preceitos constitucionais referidos. Estes textos traduzem um desejo da eliminação das discriminações e preconceitos que estes grupos sofreram e ainda sofrem. Juntamente, trazem mecanismos de ações afirmativas a fim de atingir a igualdade efetiva, cuja detalhamento será tratado nos itens seguintes.

3.3.1 Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1968)

Ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial entrou

¹¹⁴ Artigo 5º. § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que foram aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes

em vigor internamente em 4 de janeiro de 1969 e foi promulgada pelo Decreto 65.810, de 8 de dezembro de 1969.

Referida convenção foi adotada pelas Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965, tendo como pano de fundo três fatos históricos que influenciaram no processo da sua elaboração. Primeiro o aumento de países membros da ONU, com o ingresso de dezessete novas nações; segundo, a realização da Primeira Conferência de Cúpula dos Países Não-Aliados em Belgrado em 1961; por fim, o ressurgimento de atividades nazifacistas na Europa.¹¹⁵

São indubitáveis, neste contexto, os reflexos decorrentes das atrocidades cometidas pelos nazistas entre os anos de 1930 e de 1940, assim com o fato de vários países haverem sofrido ou de estarem sofrendo a discriminação do colonizador liberal, submetido ao regime do *apartheid* que separava os grupos sociais por suas etnias, inclusive nos espaços públicos.

Em virtude destes fatos e com a preocupação de evitar novamente tais acontecimentos, as Nações Unidas procuraram instituir instrumentos institucionais e normativos destinados a combater o racismo e a discriminação racial.¹¹⁶

A base legislativa para edição desta Convenção pautou-se nas disposições antidiscriminatórias da Carta de São Francisco¹¹⁷ e no artigo 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹¹⁸. Sua elaboração deu-se no mesmo período do Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos de 1966, constituindo-se, sem dúvida, na primeira grande convenção das Nações Unidas na área dos direitos humanos.¹¹⁹

¹¹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 190/191.

¹¹⁶ ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997. p. 88 e 89.

¹¹⁷ Em seu artigo 1º, § 3º, prescreve o propósito de promover os direitos humanos de todos “sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.”

¹¹⁸ O artigo descreve que todas as pessoas têm capacidade de gozar dos direitos e liberdades nela consagrados “sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza.”

¹¹⁹ A convenção contra o genocídio e a convenção sobre a escravidão não tiveram a mesma dinâmica que a convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, tiveram dificuldades e limitações para serem aplicadas.

O objetivo da Convenção é repudiar e combater a discriminação racial, promovendo a igualdade. O seu texto sinaliza tanto o aspecto repressivo quanto o promocional. Quanto a este último, representa a necessidade da implementação de políticas públicas e privadas que tenham como fim o de proporcionar o bem estar dos grupos que se encontrem discriminados e que necessitem da tutela estatal.

Em seu artigo 1º, item 1, prescreve que a discriminação racial:

Significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condições), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.¹²⁰

O Brasil ao ratificar a Convenção não fez nenhuma ressalva, bem como aceitou¹²¹ o preceituado no seu artigo 14¹²², que consagra o direito de petição, dando capacidade processual internacional aos indivíduos pertencentes ao Estado-parte.

Com isso, qualquer cidadão ou grupo, que se considere vítima de violação pode, através do direito de petição, comunicar o fato ao Comitê para exame. Ao admitir uma petição, o Comitê solicita informações e esclarecimentos ao Estado violador e com base no arguido na petição e nos dados fornecidos formula sua opinião e faz recomendações. Após esta fase o Estado é convidado a informar ao Comitê as ações e ou medidas adotadas para sanar a violação sofrida pelo indivíduo ou grupo de indivíduos em cumprimento das recomendações feitas. Vale destacar que a decisão e opinião do Comitê são desprovidas de força jurídica

¹²⁰ Todos os textos da Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, foram tirados de: ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

¹²¹ O direito de petição é uma cláusula facultativa da Convenção onde o Estado-parte reconhece a competência do Comitê para receber e examinar comunicações de indivíduos ou grupos de indivíduos que se considerem vítimas de violação, pelo referido Estado-parte. O Brasil através do Decreto 4.738/03, promulga a declaração facultativa prevista no artigo 14 da Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, reconhecendo a competência do Comitê para receber e considerar as comunicações individuais ou de grupos que se achem nos seus direitos violados.

¹²² Artigo 14 – Todo Estado-parte na presente Convenção poderá declarar, a qualquer momento, que reconhece a competência do Comitê para receber e examinar as comunicações enviadas por indivíduos ou grupos de indivíduos sob sua jurisdição, que aleguem ser vítimas de violação, por um Estado-parte, de qualquer um dos direitos enunciados na presente Convenção. O Comitê não receberá comunicação alguma relativa a um Estado-parte que não houver feito declaração dessa natureza.

vinculante, porém possui grande força política e moral, pois é publicada no relatório anual que é encaminhado à Assembléia Geral das Nações Unidas.¹²³

O direito de petição, como instrumento de comunicação, individual ou coletiva, ao Comitê, representa um grande avanço na sistemática de monitoramento e do controle dos direitos que são violados. Cristaliza a capacidade processual internacional dos indivíduos, constituindo *um mecanismo de proteção de marcante significação, além de conquista transcendência histórica.*¹²⁴

Esta sistemática significa um grande mecanismo de controle e coibição das injustiças cometidas contra os indivíduos que sofrem discriminação racial. O direito de utilizar os procedimentos de proteção e o poder dos órgãos de supervisão de receber, examinar as reclamações e tomar providências, exercendo o controle, é a forma mais dinâmica de dar efetividade a proteção dos direitos humanos.

O impacto da Convenção no direito brasileiro é notório a partir da introdução de mecanismos internacionais de monitoramento e supervisão dos direitos que enuncia. Com isso exige dos países que a ratificaram, e nisso o Brasil, que apresentem relatórios demonstrando estarem cumprindo os seus dispositivos.

O Brasil depois do seu processo de redemocratização de 1985 e com o advento da Constituição de 1988, vem procurando dar aplicação aos tratados internacionais sobre direitos humanos aos quais seja parte. É certo, todavia, que os caminhos neste sentido são ainda discretos, não condizendo, por vezes, com o verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Não obstante o marcante e decisivo ingresso brasileiro na concepção das ações afirmativas, com a Constituição de 1988, vale destacar que mesmo antes de 1988, ao menos no plano formal, já eram reconhecidas em decorrência da ratificação pelo Brasil da Convenção Internacional sobre eliminação de todas as formas de discriminação racial, enquanto políticas de ação e remédios temporários de inclusão social de grupos étnicos e raciais.

¹²³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 194.

¹²⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 25.

No seu artigo 1º, item 4, há o reconhecimento da necessidade destas políticas de ação afirmativa, como se vê:

Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, e consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

Esta disposição convencional é reforçada pelo artigo 2º, item 2, que dispõe que:

Os Estados-partes tomarão, se as circunstâncias o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, medidas especiais e concretas para assegurar, como convier, o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos, com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos, em razão dos quais foram tomadas.

Para assegurar a igualdade efetiva entre os grupos discriminados racialmente poder-se-ão adotar medidas de ações afirmativas que serão implementadas pelo Estado e serão consideradas válidas até que venham a atingir o seu objetivo, qual seja de proteger os direitos e as liberdades fundamentais.

Não há vícios discriminatórios em tais medidas. Ao contrário, são necessárias para promover efetiva igualdade de oportunidades renegadas pela história àqueles em situação de desigualdades. A partir do momento que este objetivo for atingido, estas políticas deverão ser abolidas, porque terão alcançado seus propósitos.

Por isso, as políticas de ações afirmativas são sempre em caráter temporário, devendo serem mantidas o tempo necessário para superação das demandas históricas, sociais e econômicas que propiciaram os fatores de desigualação. Vencido estas barreiras não haverão mais fundamentos à sustentá-las e, suas eventuais perpetuações gerarão situações de desigualdades injustificáveis.

A nova visão adotada pelo constituinte de 1988 veio confirmar a posição já aceita pelo Brasil, com a ratificação da Convenção, quanto ao seu compromisso de eliminar as discriminações raciais existentes. O texto constitucional representa o

maior avanço já realizado na história, porém ainda não saiu do papel. As ações até agora realizadas não foram suficientes para sanar as desigualdades acumuladas no processo de sedimentação sócio-cultural brasileira.

3.3.2 Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1979)

Assinada pelo Brasil em 18 de dezembro de 1979, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, foi adotada no mesmo dia pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Foi ratificada em 1º de fevereiro de 1984 e promulgada pelo Decreto 93, de 14 de novembro de 1984.

A ratificação teve reservas aos artigos 15, § 4º, e 16, § 1º, alíneas “a”, “c”, “g” e “h”, tendo em vista que o Código Civil de 1916 não assegurava a igualdade entre os cônjuges no casamento. Com a Constituição de 1988 superou-se a diferenciação dando tratamento igualitário entre homem e mulher no matrimônio, deixando de existir razões para a reserva.¹²⁵

É incrível anotar que o Brasil, em que pese a ratificação deste documento, em pleno meados da década de 1980, com o processo de abertura política e de resgate de direitos fundamentais, e no limiar do novo texto constitucional, ainda fez reserva quanto à determinadas situações discriminatórias em relação à mulher, fato que só reafirmou o preconceito de gênero repudiado pela Convenção, então parcialmente ratificada. Por sorte, foram ressalvas que duraram pouco tempo, ante a nova ordem constitucional.

A Declaração surgiu da necessidade de se assegurar igual tratamento entre homem e mulher, lembrando que a luta pela afirmação de seus direitos sempre existiu diante das discriminações que sofriam.

¹²⁵ ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997. p. 120-121.

Após a Segunda Guerra Mundial proclamou-se pela primeira vez a não-discriminação de gênero. A Carta das Nações Unidas, em 1945, em seu preâmbulo afirma “*a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres*, propõe através de um documento esta igualdade.”¹²⁶

Serviu de base e fundamentação para a sua elaboração a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Referido documento abrange tanto os direitos civis e políticos como os direitos econômicos, sociais e culturais.

Compõe-se de um preâmbulo e trinta artigos, divididos em seis partes: a I Parte (artigos 1º ao 6º) – contém as disposições gerais; a II Parte (artigos 7º ao 9º) - direitos políticos; a III Parte (artigos 10 a 14) – direitos econômicos e sociais; IV Parte (artigos 15 e 16) – direitos civis, especificamente sobre a família; V Parte (artigos 17 a 22) – implementação da Convenção; a última Parte (artigos 23 a 30) – disposições regulamentares sobre a Convenção.

Porém, para que os Estados observassem o seu disposto demoraram-se algumas décadas. Na verdade, por mais que na atualidade a maioria dos Estados trazerem nos seus textos constitucionais a isonomia de gênero, cultural, econômica e socialmente a mulher ainda é discriminada.

Teve como base legislativa a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O objetivo da Convenção é o de repudiar e combater a discriminação contra a mulher, promovendo a igualdade. No mesmo sentido do texto da Convenção sobre eliminação de todas as formas de discriminação racial, traz o aspecto repressivo e promocional, descrevendo que a participação máxima da mulher, em igualdade de condições com o homem, em todos os campos, é indispensável para o desenvolvimento pleno e completo de um país, o bem-estar do mundo e a causa da paz. Reconhece a mulher e o homem seres de igual direitos e deveres na sociedade.

Em seu artigo 1º conceitua a discriminação contra a mulher como sendo:

¹²⁶ *Idem*, p. 109.

Toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício da mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil, ou em qualquer outro campo.¹²⁷

O artigo 17 cria um Comitê com o fim de examinar os progressos alcançados na aplicação da Convenção. Anualmente os Estados-partes deverão submeter ao Secretário-Geral das Nações Unidas um relatório sobre as medidas legislativas, judiciárias, administrativas ou outras que adotarem para tornar efetiva a Convenção.

Esta sistemática representa um grande instrumento de fiscalização e supervisão dos avanços da aplicação da Convenção na sociedade de cada Estado-parte.

Assim como a Convenção contra a discriminação racial, as ações afirmativas também fazem parte do seu texto como medidas temporárias para inclusão social de mulheres.

Neste contexto o artigo 3º prescreve as políticas de ações afirmativas, estabelecendo que:

Os Estados-partes tomarão, em todas as esferas e, em particular, nas esferas política, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de garantir-lhe o exercício e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem.

Assim, determina aos Estados-partes a instituição de medidas para sanar as desigualdades entre homens e mulheres, devendo estabelecer critérios que visem ao alcance da isonomia entre homens e mulheres. Neste contexto, a Convenção traz um rol de medidas especiais que possuem este fim, podendo ser destacadas: a) as destinadas a proteger a maternidade; b) as que visam modificar os padrões sociais e culturais para eliminação dos preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na ideia de inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos; c) as que objetivam eliminar a

¹²⁷ Todos os textos da Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, foram tirados de: ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

discriminação contra a mulher na vida política e pública; d) as que propiciem a igualdade de direitos na esfera da educação, emprego etc.

O que se percebe é que esta Convenção prescreve detalhadamente todas as medidas a serem adotadas pelos Estados-partes para a eliminação da discriminação contra as mulheres, buscando sempre soerguê-la como pessoas dotadas de dignidade e não um simples objeto nas mãos dos homens.

3.3.3 Declaração da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Conexa (2001)

Esta Declaração não só envolve indivíduos discriminados já mencionados, negros e mulheres, como outros grupos e minorias também vítimas de discriminações e preconceitos, decorrentes de fatores segregacionistas de caráter social, cultural, econômico, religiosos e político.

Surge com a Conferência Mundial contra o racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Conexa, constituindo-se na terceira conferência sobre o racismo, editada entre 31 de agosto a 8 de setembro de 2001, em Durban, África do Sul. As duas primeiras foram em 1978 e 1983. O Brasil além de participar ativamente na sua elaboração, assumiu o compromisso de seguir o Programa de Ação proposto durante os trabalhos realizados na Conferência.

Dita Conferência representou um evento de grande importância realizado pela comunidade internacional para combater o racismo, a discriminação racial e a intolerância em todo o mundo. Reuniram-se mais de 2.500 representantes de 170 países, incluindo 16 Chefes de Estado, cerca de 4.000 representantes de 450 organizações não governamentais, bem como representantes de organismos do sistema das Nações Unidas e instituições nacionais de direitos humanos.

Foi convocada em 1997 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, através da sua resolução 52/11, em que se declarou: *firmemente convencida da necessidade de adotar medidas mais eficazes e sustentadas em nível nacional e*

*internacional para a eliminação de todas as formas de racismo e discriminação racial.*¹²⁸

O direito à igualdade e a proibição da discriminação racial constituem princípios fundamentais descritos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Diversos instrumentos internacionais foram editados para promover estes fundamentos, como as Convenções Internacionais que tratam sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial e Contra a Mulher.

Mesmo estando disposto no ordenamento jurídico internacional, a proibição do racismo e da discriminação racial, e passados três décadas da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, muito ainda há que se fazer na erradicação das desigualdades sociais, econômicas e culturais.

A par desta realidade as Nações Unidas convocou em 1997 os Estados para a Terceira Conferência Mundial contra o Racismo para discussão e promoção de uma Declaração Política na qual se pudesse enunciar uma série de compromissos destinados a erradicar a discriminação racial, bem como um Programa de Ação onde se descrevessem em detalhes medidas a serem adotadas pelos participantes.

O resultado da Conferência de Durban (2001), além de representar um marco histórico na luta contra o racismo e a discriminação racial, abordou de modo desvelado fenômenos históricos como a escravatura, o tráfico de escravos e o colonialismo.

Este encontro conseguiu também trazer a evidência diversos pontos atinentes à discriminação racial. Dentre os assuntos abordados podem ser destacada a discussão quanto aos problemas enfrentados pelas vítimas da discriminação em particular as mulheres, negros, asiáticos, indígenas, migrantes, refugiados e minorias nacionais, especificando medidas para aliviar o seu sofrimento. Revelou os problemas da discriminação múltipla (ex.: mulheres negras) e destacou a importância da educação e sensibilização pública no combate ao

¹²⁸ Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Conexa. In Procuradoria Geral da República, 2007. <https://www.safernet.org.br/drupal/sites/default/files/Racismo.pdf> . Acessado em: 02.02.2009.

racismo. Destacou as questões relacionadas à globalização e fez previsões de medidas destinadas a garantir a igualdade nas áreas do emprego, saúde e do ambiente. Assinalou a importância de garantir o acesso das vítimas a vias de recursos eficazes e de assegurar a sua reparação pelos danos sofridos, dentre outros.

O documento declara para efeitos da Declaração e Programa de Ação, vítimas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância conexa todos os indivíduos ou grupos de indivíduos que são ou foram negativamente afetados ou alvos de preconceitos, que estão ou estiveram sujeitos a eles. Reconhece que a discriminação ocorre com base na raça, cor, na ascendência ou na origem nacional ou étnica e que as vítimas podem vivenciá-la por mais de um motivo, a denominada discriminação múltipla, quando agravada por outros fatores, como o sexo, a língua, a religião, a opinião política ou origem social, nascimento etc.

A Declaração no seu item 107 destaca a necessidade de promover e executar, em nível nacional, regional e internacional, estratégias, programas, políticas e legislação adequada que possam incluir medidas especiais e positivas a fim de propiciar a igualdade no desenvolvimento social e a realização dos direitos civis e políticos, econômicos, sociais e culturais de todas as vítimas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância conexa.

Da mesma forma reconhece a necessidade de medidas especiais ou positivas em favor destas vítimas a fim de promover a sua plena integração na sociedade. Estas medidas de ação afirmativa, nomeadamente medidas sociais, devem destinar-se a corrigir as condições que colocam obstáculos ao gozo de direitos e a introduzir ações para encorajar a igualdade participação de todos os grupos raciais, culturais, lingüísticos e religiosos em todos os setores da sociedade e para colocar estes grupos em pé de igualdade (item 108). Tais medidas devem abranger ações que possibilitem uma representação adequada em diferentes domínios: instituição de ensino, habitação, partido político, vida parlamentar e emprego.

A Declaração de Durban também descreve sobre a discriminação que mulheres enfrentam em seu cotidiano, principalmente aquelas vítimas de racismo, xenofobia e intolerância conexa. Propõe que os Estados incorporem uma

perspectiva de gênero em todos os programas de ação e que sejam destinadas a elas medidas concretas para a erradicação de tais injustiças.

As ações afirmativas mais uma vez aparecem em um instrumento internacional de grande repercussão. Não dá para negar que o desejo de ver uma igualdade efetiva entre seus cidadãos faz parte dos ideais dos Estados que participam e aderem a estes documentos.

3.4 Ações Afirmativas e o Direito brasileiro

O fato do Brasil ser aderente a estes documentos internacionais já o torna compromissado com as políticas de ações afirmativas, como instrumentos necessários à superação de desigualdades sociais. Todavia, mais do que isso, a Constituição Federal de 1988 apontou precisamente neste rumo, dando indicativos claros quanto às suas implantações, como se verá.

3.4.1 Fundamentos constitucionais das Ações Afirmativas

As ações afirmativas surgem como um dos instrumentos jurídicos de cunho constitucional, e que visam a superação das mazelas sociais, a inclusão e a justiça social, eliminando desigualdades historicamente acumuladas. Ao mesmo tempo buscam garantir oportunidades, bem como compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização, por motivos raciais, étnicos e de gênero.

Têm também caráter político, e se voltam à superação das desigualdades sociais. Neste aspecto, trata-se de compromisso da nação brasileira que assim as acolheu na nova ordem constitucional, cujo texto sinaliza claramente para a adoção de políticas de discriminação positiva, com o intuito de soerguer o indivíduo na sua acepção máxima de dignidade (art. 1º, III, CF), a fim de ultrapassar a mera igualdade formal para a igualdade material.

As razões da existência do Estado no modelo republicano e democrático de direito é oferecer igualdade de oportunidade a todos, devendo para isso equalizar as dicotomias sociais. Nisso consiste as políticas de ações afirmativas: a efetivação da igualdade de fato.

Neste sentido, a professora Carmem Lúcia, sentencia:

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 esta *desigualação positiva* promove-se a *igualação jurídica* efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, 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.¹²⁹

Delineado entre os direitos fundamentais, o princípio da igualdade é, desde sempre, norma constitucional. Na verdade, a Constituição de 1988 declara um novo momento no constitucionalismo brasileiro, é o marco da democratização e da institucionalização dos direitos humanos. Essa nova visão paira sobre as desigualdades sociais, econômicas, regionais, culturais, presentes e consideradas no texto constitucional, em face do princípio do pluralismo político (art. 1º, V) e do reconhecimento da ocorrência de pobreza e da marginalização e desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III).

Importa destacar que houve clara preocupação do constituinte com as questões sociais brasileiras, introduzindo vários dispositivos constitucionais voltados aos direitos e garantias fundamentais, destacando a importância do princípio da igualdade e deixando patente a possibilidade de ações afirmativas. Ou, na lição aristotélica emendada por Rui Barbosa: *Todos são iguais perante a lei, devendo-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.*¹³⁰

Lamentavelmente ainda existem várias resistências à implantação de políticas de ações afirmativas, chegando a se questionar sua aplicação e

¹²⁹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, jul/set. 1996. p. 88.

¹³⁰ ATCHABAHIAN, Serge. *Princípio da Igualdade e ações afirmativas*. São Paulo: RCS Editora, 2004. p.24.

constitucionalidade. Entretanto, somente a incompreensão do real sentido do princípio da igualdade pode permitir a não admissão de políticas de inserção e inclusão social, como instrumentos necessários para a concretização material da ideia de igualdade.

Corroborando com a parcela daqueles que acolhem os mecanismos diferenciados de igualação, conclui-se que o direito constitucional brasileiro abriga implícita e explicitamente as ações afirmativas, e relembra que se deve observar também os tratados internacionais de direitos humanos ao qual o país é signatário.

Esta nova postura do Estado, repudiando a igualdade formal e optando pela concepção de igualdade material ou de resultados, está expressa em vários preceitos constitucionais. A fim de demonstrar a veracidade desta afirmação, cabe destacar na Constituição Federal de 1988 os seguintes pontos:

1) O Preâmbulo: *Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia 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;*

2) Art. 1º, III: princípio que resguarda o valor da dignidade humana;

3) Art. 3º, I, III e IV: que dispõe constituir objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, e a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais;

4) Art. 4º, II e VIII: no plano das relações internacionais, o Brasil, deve velar pela observância dos princípios da prevalência dos direitos humanos e do repúdio ao terrorismo e ao racismo;

5) Art. 5º, *caput*, e incisos XLI e XLII: onde consagra o princípio da igualdade, onde: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, punindo, pela lei, qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades e constituindo crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei, a prática do racismo;*

6) Art. 7º, XXX: na esfera dos direitos sociais, proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

7) Art. 23, X: combater as causas de pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

8) Art. 37, VIII: reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiências;

9) Art. 145, § 1º: sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte;

10) Art. 170, *caput*, e incisos VII e IX: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, fundada na valorização do trabalho humano, observando os princípios da redução das desigualdades regionais e sociais, assegurando tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País;

11) Art. 179: Dispensa, pelos entes públicos, às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei;

12) Art. 208, V: o dever do Estado com a educação efetivando a garantia do acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

13) Art. 227, II: criação de programas de integração social dos adolescentes portadores de deficiências;

14) Art. 68, Do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT): *Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.*

15) Art. 79, Do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT): institui, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, voltadas as ações de

nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida.

Por certo, não se esgotam nas referências acima as situações diferenciadoras, como instrumentos de igualação. Outras podem ser identificadas, expressamente ou mesmo num exercício de interpretação e conjunção do texto constitucional, nesta ótica da necessidade de distinção para se alcançar a igualdade material desejada. O importante é perceber que o texto constitucional vigente é compatível e possibilita as ações afirmativas no ordenamento jurídico brasileiro.

A propósito, Marco Aurélio Mello, assim pronuncia:

E, aí, a Lei Maior é aberta com o artigo que lhe revela o alcance: constam como fundamento da República Brasileira a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e não nos esqueçamos jamais de que os homens não são feitos para as leis; as leis é que são feitas para os homens. Do artigo 3º vem-nos luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de forma desigual.¹³¹

Sem dúvida, a Constituição de 1988 marcou de forma decisiva o tema da igualdade material. E isso é latente, principalmente pela redação do art. 3º, I, III e IV, onde preceituam os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, os quais representam a possibilidade de uma atitude positiva por parte do Estado. Eis aí o embasamento constitucional para as ações afirmativas.

Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – *construir, erradicar, reduzir, promover* – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional. E todos os objetivos contidos, especialmente, nos três incisos acima transcritos do art. 3º, da Lei Fundamental da República, traduzem exatamente mudança para se chegar à igualdade. Em outro dizer, a expressão normativa constitucional significa que a Constituição determina uma mudança do que se tem em termos de condições sociais, políticas, econômicas e regionais, exatamente para se alcançar a realização do valor supremo a fundamentar o Estado Democrático de Direito constituído.¹³²

¹³¹ MELO, Marco Aurélio. *Ótica Constitucional: a igualdade e as Ações Afirmativas*. Palestra proferida no Seminário *Discriminação e Sistema Legal Brasileiro*, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho, em 20 de novembro de 2001. Disponível em: <<http://www.mpt.gov.br/noticias2/novembro2001/209-1anexo4.doc>>. Acessado em: 16.04.2008.

¹³² ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, jul/set. 1996. p. 92.

No mesmo sentido:

Vê-se, portanto, que a Constituição Brasileira de 1988 não se limita a proibir a discriminação, afirmando a igualdade, mas permite, também, a utilização de medidas que efetivamente implementem a igualdade material. E mais: tais normas propiciadoras da implementação do princípio da igualdade se acham precisamente no Título I da Constituição, o que trata dos princípios fundamentais da nossa República, isto é, cuida-se de normas que informam todo o sistema constitucional, comandando a correta interpretação de outros dispositivos constitucionais.¹³³

Diversos outros juristas podem ser citados para justificar a constitucionalidade das ações afirmativas, cabendo aqui destacar:

Carlos Roberto de Siqueira Castro:

Tudo porque, em tal contexto de estatísticas sociais desfavoráveis para aqueles contingentes humanos inferiorizados da sociedade, a persistência nas generalizações legislativas, com adoção de normas simplistas, genéricas e iguais para todos, independentemente das notórias diferenças sociais e econômicas que são fruto, por exemplo, do escravismo e da cultura machista, não propicia a mobilidade e a emancipação social desses grupos discriminados e, até mesmo, aprofunda e reproduz os condenáveis preconceitos histórica e culturalmente enquistados no organismo social. Nesse campo de questões, que bem exprime as relações sempre tensas entre o Direito e a sociedade, a caracterizar o fenômeno a que designamos de constitucionalismo de resultado, percebe-se nitidamente o abandono do classicismo isonômico e a busca de instrumentos de aplicação e interpretação da Constituição capazes de enfrentar o imobilismo conservador e de prestigiar as políticas mudancistas e de transformação social. Aqui, altera-se a dimensão e o próprio eixo de referência da igualdade, substituindo-se a idéia da não-discriminação formal pelo ideal da não-discriminação material. Por esse viés teórico, o postulado da isonomia não mais se refere apenas à proibição de tratamento discriminatório, mas inclui na análise sociológico-jurídica o impacto as seqüelas sociais impostas pela longa sujeição histórica e cultural ao tratamento desigual antes prevalente. Nessa ótica, vislumbra-se o duplo aspecto (social e jurídico) da teorização da igualdade, ou seja, as “as teorias da discriminação”, que no modelo americano foram denominadas de “teoria do tratamento diferencial” (disparate treatment theory) e “teoria do impacto diferencial” (disparate impact theory). Em tal ordem de convicções, as ações afirmativas despontam como um mecanismo da justiça distributiva, destinado a compensar inferioridades sociais, econômicas e culturais associadas a dados de natureza e ao nascimento dos indivíduos, como a raça e sexo.

[...] Ressalte-se portanto, que a ação afirmativa tem como objetivo não somente coibir a discriminação, mas sobretudo, eliminar os chamados “efeitos persistentes” da discriminação do passado, que tendem a perpetuar. Ainda nesse contexto, revela destacar que partindo-se da premissa de que os grupos minoritários normalmente não são representados ou sub-representados nos

¹³³ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *As ações afirmativas e os processos de promoção de igualdade efetiva*. Seminário Internacional: As minorias e o direito. Brasília: Série Cadernos do CEJ nº. 24. p. 103.

mais diversos ramos de atividade, as ações afirmativas pretendem a implantação de uma certa diversidade e de uma maior representatividade dos grupos minoritários nos mais diversos domínios de atividade pública e privada. Nesse contexto, destaque-se que o efeito mais visível das políticas afirmativas, além do estabelecimento da diversidade e da representatividade propriamente ditas, é a eliminação de “barreiras invisíveis” que acabam por impedir o avanço de negros e mulheres, independentemente da existência ou não de política oficial tendente a subordiná-los.¹³⁴

Daniel Sarmiento:

A nossa Constituição baseia-se numa concepção substantiva de isonomia, tendo o constituinte partido da premissa de que o Estado está legitimado para agir no plano social para promover a igualdade de fato entre as pessoas. Na verdade, a visão de igualdade que transparece na Constituição demanda um Estado ativista, voltado para a defesa dos interesses das pessoas e grupos vulneráveis. Isto obriga os poderes públicos a levarem em consideração os desníveis sociais existentes, que no Brasil têm uma dimensão verdadeiramente “pornográfica”. E esta desigualdade, que o Estado tem de enfrentar se quiser levar a sério o projeto constitucional de construção de uma sociedade justa, solidária e sem preconceitos, possui um inequívoco componente racial – só não vê quem não quer.

Em suma, igualdade, na ordem constitucional brasileira, não se resume à proibição de exclusão. Igualdade é também a obrigação de inclusão. E para incluir os historicamente excluídos – como os negros – há que se atuar ativamente nas relações sociais. Não basta a postura estática do Estado, que se abstenha de discriminar no presente, mas nada faça para remediar os resultados de uma exclusão multissecular.¹³⁵

É indiscutível que a percepção anotada nestas citações constitui, ao menos no meio acadêmico, verdadeiro avanço jurídico em relação ao princípio da igualdade, em decorrência de uma nova conceituação constitucional, da inércia a uma democracia dinâmica, prevista na Constituição. Torna-se uma obrigação política do Estado à promoção da igualação jurídica.

Assim, diante da possibilidade da discriminação, desde que justificada e com o fito de promover a isonomia real, principalmente no art. 3º, é necessário a criação de mecanismos de ação para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na sociedade. As ações afirmativas surgem com este propósito, como uma forma jurídica constitucional de se superar a diminuição social a que se acham determinados grupos.

¹³⁴ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *A Constituição aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 444/446 e 451.

¹³⁵ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2006. 161.

3.4.2 Debates acerca das Ações Afirmativas como políticas de inclusão social

Várias são as discussões a favor e contra as ações afirmativas, dentre elas destacam-se nos tópicos a seguir as principais.

3.4.2.1 A favor das Ações Afirmativas

Surgidas para viabilizar o princípio da dignidade da pessoa humana, as ações afirmativas, como salientadas acima, tem como objetivo estabelecer critérios de diferenciação com o propósito de compensar a desigualdade de oportunidades, promovendo a superação de obstáculos.

Os argumentos favoráveis a estas políticas de ações afirmativas partem da justificação apresentada pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, pontuada em 5 fatores, conforme destaca Roger Raupp Rios: a) o combate aos efeitos presentes da discriminação passada; b) a promoção da diversidade; c) a natureza compensatória ou reparatória das ações afirmativas, d) a criação de modelos positivos para os estudantes e as populações minoritárias; e) a provisão de melhores serviços às comunidades minoritárias.¹³⁶

A discriminação existente nos dias atuais decorre de um processo social que espoliou grupos de indivíduos a disputar igualmente as oportunidades. O *combate aos efeitos presentes desta discriminação passada*, é um forte argumento para a reparação social daqueles que foram prejudicados. Porém, como advertiu a Suprema corte americana, há alguns entraves para a sua aplicação, tal como o estabelecimento de critérios para mensurar a quantidade de culpa e definir o parâmetro de reparação.

Não se pode perder de vista que se trata de um argumento louvável, pois foram anos de discriminação e privação de oportunidades e que no mundo atual não justificam a sua permanência. Combater estes efeitos hodiernos provenientes do

¹³⁶ RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 178

passado é algo a se levar em conta. No Brasil, sobretudo, onde, diferentemente dos Estados Unidos, ainda se discute sobre a constitucionalidade ou não das ações afirmativas, exige-se atuação efetiva sob pena de se incorrer no risco da perpetuação das desigualdades sociais que surgiram do processo de colonização brasileira.

A *promoção da diversidade*, argumento muito utilizado pela Suprema Corte americana nas suas decisões a favor das ações afirmativas, acabou perdendo força sob a alegação de que pertencer a uma minoria racial, por si só, não implicaria necessariamente a contribuição de ser um grupo fragilizado diante de um grupo dominante. Realmente esta não seria a melhor saída na defesa das ações afirmativas, até mesmo porque a diversidade étnica e cultural de um povo é sinônimo de riqueza de uma nação e não motivo para promoção de diferenciações nestes grupos. Destaca-se mais uma vez que, o fator em apreciação para a adoção das políticas afirmativas, são as desigualdade sociais, econômicas, culturais decorrentes das discriminações sofridas por determinados grupos.

A escravidão, as práticas sociais discriminatórias, a submissão feminina e outras formas de promoção da desigualdade social são argumentos que levam a justificar as ações afirmativas. A sua *natureza compensatória* ou *reparatória* serviriam para remediar os prejuízos decorrentes às omissões e erros do passado, voltados contra certos grupos ou seus antepassados. Muitos que se posicionam contra estas políticas, argumentam que as teses justificadoras para as ações afirmativas são falhas porque há o risco de serem concedidos benefícios para grupos que não foram vítimas de discriminação.

A *criação de modelos positivos* também é uma justificativa. Trata-se do acesso de pessoas pertencentes a estes grupos minoritários em cargos de destaque servindo de exemplo e incentivo a seus pares. Este argumento é um tanto vazio, pois não guarda relação com a correção da discriminação passada e o benefício direto somente das vítimas imediatas.

O que se percebe é que de todos os argumentos utilizados pela Suprema Corte americana e apresentados por Roger Raupp Rios,¹³⁷ são contrários à defesa

¹³⁷ *Idem*, p. 178-181.

das ações afirmativas, pois, não seriam justificativas de um Estado Democrático de Direito.

Contudo, em contraposição, não se pode negar que as políticas de ações afirmativas sejam necessárias para dar efetividade ao princípio da igualdade, que como já destacado, deixou de ter uma concepção meramente formal para uma aceção de ação positiva por parte do Estado na promoção de oportunidades a seus cidadãos.

Por outro lado, a razão da necessidade destas políticas encontra-se na promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, (Constituição Federal, artigo 1º, III) e nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, (Constituição Federal, artigo 3º, I, III e IV). Estas são, a propósito, as verdadeiras razões e constitucionalmente asseguradas da aplicação das ações afirmativas no Estado brasileiro.

3.4.2.2 Contra as ações afirmativas

Não obstante a importância e essencialidade das políticas de ações afirmativas, existem posicionamentos que buscam justificar o contrário, devendo ser analisadas com o propósito de demonstrar suas contradições. Vale salientar, de início, que os que assim se posicionam demonstram nas suas argumentações desconhecimento dos propósitos constitucionais assegurados em 1988.

Dentre as argumentações destacam-se a) violação do princípio da igualdade; b) a ação afirmativa destrói o princípio do mérito; c) cotas para negros originariam outras injustiças; d) a violação do princípio da diferença na igualdade (artigo 208, V, da Constituição Federal).¹³⁸

Dentre as inúmeras oposições as políticas de ações afirmativas, certamente a adoção de cotas para negros nas universidades tem enfrentado as maiores resistências. Por um lado, deve-se ao fato de terem sido tomadas medidas efetivas para consecução da ampliação da via de acesso e inclusão no ensino superior dos jovens afro-descendentes.

¹³⁸ *Idem*, p. 181-186.

As aversões fervorosas em torno da política de cotas para negros nas instituições públicas de ensino superior, decorre, em primeiro lugar, pelo fato de ser uma política de ação afirmativa que possui bastante evidência, não só por sua imediata implantação, como, principalmente, por alcançar um reduto onde a discriminação – embora velada – é significativamente relevante. Noutra sentida, porém em decorrência do primeiro e em razão da necessidade de divisão do espaço até então reservado a grupos historicamente privilegiados e que representam a elite econômica, política e social da população brasileira. É tão notória a aversão, por razões segregacionistas, que não há movimentos destas elites para ampliação das vagas, como forma de atender mais pessoas e de modo igualitário. Tal conquista, e de modo algum concordando com esta justificação serviria também como forma de compensação das então “vagas perdidas” com as cotas especiais.

Por estas razões é que, embora as resistências às políticas de ações afirmativas não se reservam às políticas de cotas, é inevitável não usá-las para análise dos argumentos contrários a toda ideia de igualação material. Como medidas temporárias, compulsórias ou voluntárias, que são, com objetivo específico de eliminar as desigualdades acumuladas no decorrer da história, possuem várias modalidades e não apenas as cotas raciais nas universidades públicas.

Compreende-se que as cotas representam uma das modalidades das ações afirmativas e com elas não se confundem. Há outros mecanismos considerados, tais como: reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência; incentivos fiscais (concedidos para pequenas e médias empresas), dentre outras.

Desde as políticas sensíveis ao critério racial, em que a raça é um dos critérios ao lado de outros, até as políticas de cotas, em que se reserva um percentual de vagas para minorias políticas e culturais, neste último caso a raça passa a ser considerada um critério absoluto para a seleção da pessoa. Embora qualifiquemos cotas e políticas sensíveis à raça apenas como tipos diferentes de ação afirmativas há aqueles que procuram tratar cotas e ações afirmativas como políticas públicas diferentes.¹³⁹

Dizer que as ações afirmativas violariam o princípio da igualdade vai de encontro ao próprio fundamento que a embasa. Tratando-se desigualmente

¹³⁹ BERNARDINO, Joaze. *Ação afirmativa e a rediscussão do mito da democracia racial no Brasil*. Rio de Janeiro: Estudos Afro-Asiáticos, Ano 24, nº 2º, 2002. p. 255.

determinados grupos que se acham em situação de desvantagem não caracteriza arbítrio, pelo contrário, pretende-se com isso viabilizar a isonomia material.

Justificando neste sentido, Bandeira de Melo salienta que o princípio constitucional da igualdade envolve discriminações legais de pessoas, coisas, fatos e situações sem que o mesmo seja violado¹⁴⁰.

Com idêntico posicionamento, Marcelo Neves verifica que:

Quanto mais se sedimenta historicamente e se efetiva a discriminação social negativa contra grupos étnico-raciais específicos, principalmente quando elas impliquem em obstáculos relevantes ao exercício de direitos, tanto mais se justifica a discriminação jurídica positiva em favor dos seus membros, pressupondo-se que esta se oriente no sentido da integração igualitária de todos no Estado e na sociedade.

[...]

As discriminações legais positivas em favor da integração de negros e índios estão em consonância com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecidos nos incisos III e IV do seu artigo 3º.¹⁴¹

Seguindo esta linha de raciocínio, Hélio Silva Jr, também seguidor da corrente de que discriminações legais não ferem o princípio da igualdade, assim leciona:

Salvo engano, é certo que a Constituição de 1988, implícita e explicitamente, não apenas admitiu com prescreveu discriminações, a exemplo da proteção do mercado de trabalho da mulher (artigo 7º, XX) e da previsão de cotas para portadores de deficiências (artigo 37, VIII), donde se conclui que a noção de igualdade circunscrita ao significado de discriminação, visto como, sob o ângulo material, substancial, o princípio da igualdade admite sim a discriminação, desde que o discrimem seja empregado com a finalidade de promover a igualização.

Outra objeção é dizer que as ações afirmativas causam destruição ao critério de seleção pelo mérito.¹⁴² Esta justificativa é muito usual entre aqueles que se posicionam contra estas medidas. O que demonstra uma injustiça. Como manter um equilíbrio quando se constata na educação uma disparidade, onde se tem uma universidade pública de excelente qualidade com uma pequena parcela de negros,

¹⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.18.

¹⁴¹ NEVES, Marcelo, *Estado democrático de direito e discriminação positiva: um desafio para o Brasil*. In: MAIO, Marcos C. SANTOS, Ricardo V. (Orgs). *Democracia e sociedade*. Rio de Janeiro: Fiocruz/Centro Cultural Banco do Brasil, 1996. p. 262/263.

¹⁴² RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 181.

principalmente nos cursos mais concorridos, e na outra mão um ensino fundamental e médio na rede pública de péssima qualidade e que é frequentado por pessoas de camadas mais pobres, onde se encontram um grande contingente de negros. Por mais que haja uma sensibilização por parte do governo em mudar este quadro e ainda que tenham sido melhorados os índices educacionais da rede pública – se é que se mantenha o compromisso político com estes objetivos – até que essa iniciativa venha a produzir frutos uma ou mais gerações continuarão sendo esquecida.

Por isso, as ações afirmativas, como medidas temporárias, existem justamente para equalizar estas diferenças. O que se busca é estabelecer critérios isonômicos, com uma sociedade mais justa e igualitária. Roger Raupp Rios neste ponto assim se expressa:

Diante desta questão, adeptos das ações afirmativas argumentam que a igualdade só será alcançada se, estrategicamente, o critério racial for considerado benéficamente de modo temporário, até que se construam condições fáticas onde a superação da discriminação racial possa provocar a desconsideração da raça. Segundo Ronald Dworkin, por exemplo, políticas racionalmente conscientes são medidas temporárias visando à instauração de uma sociedade *color blind*; sem elas, dificilmente serão criadas condições para os indivíduos alcançarem sua emancipação individual.¹⁴³

Estas ideias fomentam a discussão em torno da compreensão do mérito individual, querendo firmar a posição de que a adoção das medidas afirmativas como, no exemplo de cotas para negros no ensino superior, acarretariam privilégios em detrimento de competência na seleção por uma vaga na universidade ou em postos de trabalho, resultando em uma injustiça com as “vítimas inocentes”.¹⁴⁴

Estas “vítimas inocentes” são na verdade os grandes beneficiários do sistema de exploração do passado e que até os dias de hoje valem-se de privilégios, porque colocados numa posição equidistante das minorias e, conscientes ou não deste processo, contribuem para esta injustiça estrutural que se pratica contra estes grupos marginalizados. A este propósito Roger Rios descreve:

¹⁴³ *Idem*, p. 182.

¹⁴⁴ Vítimas inocentes seriam aquelas que não estariam abrangidas nas políticas de ações afirmativas. (RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 183).

Neste diapasão, não há vítimas inocentes com direitos violados, mas sim beneficiários indevidos decorrentes do racismo. A questão correta, portanto, não é de desprezo do mérito da vítima inocente, mas sim de evitar privilégios indevidos decorrentes da histórica supremacia branca. Trata-se de proteger o direito dos indivíduos negros a concorrerem aos benefícios sociais de modo equânime, livres na maior medida do possível da injustiça estrutural que decorre do racismo e de seus efeitos.¹⁴⁵

Percebe-se que estes argumentos são falhos quanto à defesa do princípio da igualdade, não havendo como visualizar a efetiva isonomia sem antes tentar corrigir os erros do passado que foram determinantes para uma realidade de desigualdades. É necessário aplicar as ações afirmativas com este fim de equalização das distorções na distribuição das oportunidades entre os cidadãos de uma nação.

Estas argumentações já seriam suficientes para justificar as políticas de ações afirmativas. Como exemplo, a adoção de cotas para negros nas universidades públicas não acarretariam injustiças, e, em que pese às severas críticas recebidas, tem demonstrado resultados positivos. Uma das críticas é de que as cotas nas universidades não são levadas a sério pelas instituições de ensino. Porém a realidade demonstra que, mesmo de forma lenta, já são 60 universidades públicas com o sistema de acesso por cotas e que, nos últimos cinco anos, já diplomaram cerca de 10 mil jovens beneficiários destas medidas. Muito possivelmente não fossem em virtude destas políticas de inclusão estes jovens, ou mínimo boa parcela deles, não teriam conseguido atingir estes resultados.

Quanto a discussão em torno da evasão que ocorreria em virtude do argumento de que negros entrariam nas universidades sem preparo e sem recursos para se manterem, também foi superada. Entre 2003 e 2007 o abandono entre os cotistas na Universidade Estadual do Rio de Janeiro foi de 13% em contrapartida as dos não-cotistas de 17%.

Da mesma forma são os resultados quanto ao aproveitamento. Na mesma universidade, citada, os estudantes que ingressaram pelo sistema de cotas tiveram um desempenho superior aos demais. Estes dados são igualmente sentidos

¹⁴⁵ RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 183.

na Federal da Bahia, onde em 2005 os cotistas conseguiram um rendimento igual ou melhor que os não-cotistas em 32 dos 57 cursos.¹⁴⁶

Do exposto percebe-se que gradativamente as ações afirmativas podem atingir o seu objetivo: o de possibilitar o acesso a educação superior àqueles que dificilmente conseguiriam sem estas medidas.

Ainda na perspectiva dos resistentes às políticas de ações afirmativas, é falso o argumento de que o disposto no artigo 208, V¹⁴⁷ da Constituição Federal seria outro óbice que acarretaria a violação do princípio da diferença na igualdade. Somente uma leitura tendenciosa no sentido de negação da ideia da igualdade material, fugindo por isso de toda sistematização constitucional, poderia levar a este raciocínio. É certo que eventual interpretação só interessa aqueles que preferem manter a situação de privilégios auferidos ao longo da história, e que os fizeram desiguais. Assim, preservam o acesso ao ensino superior público, àqueles que, contraditoriamente, vieram do ensino particular sendo por isso, sabidamente melhor qualificados. Se há agora um interesse pelo ensino público é porque, neste instante, há uma mudança de qualidade de ensino – provavelmente intencional – propiciando a gratuidade da qualificação profissional aqueles que tiveram as melhores oportunidades por razões claramente econômicas, e não pelo mérito.

Negligenciar este fato é preservar a desigualdade efetiva de acesso, e porquanto sempre mantenedora de uma política segregacionista.

Ocorre que, em 1993, a Conferência de Direitos Humanos, realizada em Viena, proclamou a defesa das populações vulneráveis de forma particularizada pelos Estados. Estas populações devem ser entendidas como aquelas que tiveram seus direitos fundamentais violados.

¹⁴⁶ GASPARI, Elio. *As cotas desmentiram as urucubacas*. Goiânia: In: Jornal O Popular de 03/06/2009. Disponível em: <<http://www.opopular.com.br/anteriores/03jun2009/opinião/artigo3.htm?lg>>. Pesquisa em 03/06/2009.

¹⁴⁷ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(*omissis*)

V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.

O Brasil acolheu as posições tomadas naquela Conferência. Com isso, Executivo, Legislativo e Judiciário devem aplicar estes princípios consagrados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

No item 24 da Declaração e Programa de Ação de Viena¹⁴⁸ prescreve que cabe aos Estados criar e manter mecanismos nacionais adequados, particularmente nas áreas de educação, saúde e apoio social, para promover e proteger os direitos humanos de setores vulneráveis de suas populações e garantir a participação destas pessoas na busca de soluções para seus problemas.

Prossegue no seu item 25¹⁴⁹ que a pobreza extrema e a exclusão social são verdadeiras violações ao princípio da dignidade da pessoa humana, devendo os Estados adotarem urgentemente ações que venham promover o respeito aos direitos humanos destes grupos.

Mas recentemente, a Conferência Mundial de Direitos Humanos sobre Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Outras Formas de Intolerância, realizada em Durban, África do Sul, em 2001, nos seus itens 99 e 100¹⁵⁰ do

¹⁴⁸ Item 24 - É extremamente importante que se enfatize a promoção e proteção dos direitos humanos de pessoas pertencentes a grupos que se tornaram vulneráveis, como os trabalhadores migrantes, visando à eliminação de todas as formas de discriminação contra os mesmos e o fortalecimento e implementação mais eficaz dos instrumentos de direitos humanos existentes. Os Estados têm a obrigação de criar e manter mecanismos nacionais adequados, particularmente nas áreas de educação, saúde e apoio social, para promover e proteger os direitos de setores vulneráveis de suas populações e garantir a participação de pessoas desses setores na busca de soluções para seus problemas.

¹⁴⁹ 25. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos afirma que a pobreza extrema e a exclusão social constituem uma violação da dignidade humana e que devem ser tomadas medidas urgentes para se ter um conhecimento maior do problema da pobreza extrema e suas causas, particularmente aquelas relacionadas ao problema do desenvolvimento, visando a promover os direitos humanos das camadas mais pobres, pôr fim à pobreza extrema e à exclusão social e promover uma melhor distribuição dos frutos do progresso social. É essencial que os Estados estimulem a participação das camadas mais pobres nas decisões adotadas em relação à suas comunidades, à promoção dos direitos humanos e aos esforços para combater a pobreza extrema.

¹⁵⁰ 99. Reconhece que a luta contra o racismo, a discriminação racial, a xenofobia e a intolerância conexa é uma responsabilidade primordial dos Estados. Encoraja, assim, os Estados a desenvolverem ou elaborarem planos de ação nacionais para promover a diversidade, igualdade, equidade, justiça social, igualdade de oportunidades e a participação de todos. Através de, entre outras medidas, ações e estratégias afirmativas ou positivas, estes planos devem visar a criação das condições que permitam a participação efetiva de todos nos processos de decisão e a realização dos direitos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais em todas as esferas da vida, numa base de não discriminação. A Conferência Mundial encoraja os Estados, no desenvolvimento e elaboração de tais planos de ação, a estabelecerem, ou reforçarem, um diálogo com organizações não governamentais a fim de as envolver mais de perto na concepção, execução e avaliação das políticas e programas;

100. Insta os Estados a estabelecer, com base em informação estatística, programas nacionais que compreendam medidas de ação afirmativa ou positiva, para promover o acesso dos indivíduos e

Programa de Ação a serem adotados pelos países signatários, incentivou os Estados a desenvolverem e elaborarem planos de ação nacionais para promoção da diversidade, igualdade, equidade, justiça social, igualdade de oportunidades e participação para todos, levando-se em conta ações e estratégias afirmativas. Tais planos devem visar à criação de condições necessárias para a participação efetiva de todos nas tomadas de decisão e o exercício dos direitos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais em todas as esferas da vida com base na não-discriminação.

Diferente não é a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, já destacada anteriormente, que também abre espaço para as ações afirmativas em defesa de grupos ou indivíduos que se encontrem em situação vulnerável (artigo 1º, item 4)¹⁵¹.

Nesse sentido Piovesan diz que:

No mesmo artigo 1º da Convenção, o § 4º adverte que não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados seus objetivos. Neste sentido, as medidas especiais e temporárias voltadas a acelerar o processo de construção da igualdade não são consideradas discriminação racial. É o caso das chamadas ações afirmativas, que são medidas positivas adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório.¹⁵²

Muitos outros instrumentos internacionais poderiam ser ainda citados enfatizando o compromisso internacional e interno com as políticas de ações afirmativas como instrumentos viáveis e fundamentais para efetiva igualdade entre todos os indivíduos. Porém o objetivo almejado é demonstrar que o mundo está discutindo e promovendo programas de ação para erradicar as injustiças sociais e

grupos de indivíduos que são ou possam ser vítimas de discriminação racial aos serviços sociais básicos, nomeadamente educação primária, cuidados de saúde essenciais e habitação adequada;

¹⁵¹ Artigo 1, item 4 – Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

¹⁵² PIOVESAN, Flávia e GUIMARÃES, Luis Carlos Rocha. *Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*. In: DHnet – Rede Direitos Humanos e Cultura. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_racial.html>. Acessado em: 12.08.2008

econômicas, principalmente aquelas que resultam da discriminação social. O fato de o Estado brasileiro ter ratificado todos estes documentos significa que foram incorporados ao ordenamento jurídico, devendo por isso serem observados e aplicados como mandamento do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal que dispõe:

Art. 5º [...]

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte.

Destacam-se também os artigos 1º e 3º do texto constitucional que vão ao encontro destes objetivos insertos nos documentos internacionais. Cabe ao legislador infraconstitucional a elaboração de normas que atendam ao disposto nestes instrumentos jurídicos que versam sobre a matéria. Para o Judiciário compete a tarefa de enfrentar a matéria aplicando tais instrumentos em suas decisões e, as omissões legislativas, fazer imperar os princípios e valores constitucionais.

Não há como defender que as ações afirmativas violariam o artigo 208, V, pois, além das Convenções ratificadas pelo Brasil o texto constitucional permite, através da hermenêutica, a compreensão de que os Poderes do Estado devem ater-se aos princípios da dignidade da pessoa humana, da justiça, solidariedade, pluralismo e o combate das desigualdades sociais (art. 1º, Constituição Federal).

Outro ponto a ser descartado como óbice das ações afirmativas é o frágil argumento de que falta base científica para definir o conceito de raça e critério para identificação dos beneficiários destas políticas. Se o parâmetro a levar em conta é de que atender grupos que foram discriminados e marginalizados no decorrer da história, e como o levantamento estatístico aponta claramente o censo, não há como dizer que faltam critérios objetivos.

No caso das cotas nas universidades públicas, os negros representam a maioria da pobreza e extrema pobreza do país, mesmo que um ou outro indivíduo que esteja em uma situação social mais vantajosa que seus pares venha a se beneficiar destas medidas, esta porcentagem será tão pequena perto das vantagens da sua adoção.

O que se nota é que estas posições negadoras não levam em conta o primado do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, verdadeiros pilares para a justificativa para as ações afirmativas. Enquanto outros países não tiveram muitas dificuldades em adotar tais medidas, como é o caso dos Estados Unidos, o Brasil emperra em admiti-las como benéficas. O grande diferencial entre estes países é que os americanos enfrentaram a dura realidade da segregação racial permitindo que se tivesse maior clareza sobre as relações étnicas e raciais, ao contrário aqui sempre se mascarou, defendendo-se que este país não é racista, porém, as estatísticas demonstram o contrário.

Outra tentativa de evitar às políticas de ações afirmativas, sobretudo quando o tema em pauta é a população negra, é buscar argumentos de que com instrumentos jurídicos diferenciados, em via inversa, fará surgir conflitos raciais no Brasil. Nega-se, assim, a existência da segregação racial e do racismo, como se fossem algo alheio a formação do povo brasileiro¹⁵³ é como se ainda estivesse presente. Aliás, a melhor forma de manter o racismo é não se admitindo sua ocorrência, mesmo sendo demonstrada, empiricamente, a desproporção de acesso e participação de pessoas negras nos espaços públicos e sociais.

Há ainda aqueles que, sob o falso argumento de reconhecimento das políticas de ações afirmativas, opõem-se às cotas para negros no ensino superior, porque outras minorias também estariam afastadas deste processo de inclusão. Para isso a justificativa apresentada é de que são necessários critérios diferenciados de acesso à população pobre e não só ao negro, que nem sempre pertence a grupos economicamente sacrificados. Porém, ao tempo de proporem políticas neste sentido, preferem afastar as conquistas alcançadas pela minoria negra.

De fato uma coisa não exclui a outra. Assim como são necessárias políticas para negros, e não só porque estatisticamente estão inseridos na faixa mais pobre da população brasileira, mas em razão, e aqui sim, da importância de se fazer um resgate histórico com este grupo, é fundamental criar políticas de atendimento aos excluídos pela pobreza. A este propósito o artigo 3º da Constituição Federal, estabelece como compromisso da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e superação das desigualdades.

¹⁵³ RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: evolução e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 219-227.

Neste contexto, não é porque as conquistas não foram ampliadas a todos aqueles que delas necessitam que deverão então ser revistas e revogadas aos que a conseguiram. É a partir destes avanços políticos que se amplia o leque de atendimentos, e não contendo-os.

Ademais, e retomando o tema das cotas nas universidades públicas, é curioso notar que os alunos de classes econômicas mais privilegiadas, e que optaram por escolas privadas no ensino fundamental e médio, busquem e ocupem as vagas públicas no ensino superior. Seria esta ocupação decorrente exclusivamente de mérito? Ou em face de uma melhor preparação, no ensino fundamental e médio?

As respostas a estas indagações, por si só, explicam as razões da ineficiência ou menor qualidade do ensino público nas primeiras fases (fundamental e médio), em paralelo com o ensino privado, e em contrapartida, a melhor qualidade do ensino universitário público em face do privado. Em suma, prepara-se mal aqueles que dependem do ensino público nas primeiras fases para que não tenham acesso ao ensino superior com qualidade, porque ao fim e ao cabo, são estas “elites intelectuais” que ocuparão os espaços políticos, econômicos e sociais, num ciclo vicioso de perpetuação das desigualdades.

CAPÍTULO 4

AÇÕES AFIRMATIVAS: INCLUSÃO DE NEGROS E MULHERES

*Para que um grupo tenha a capacidade de se identificar com a sociedade política, é de vital importância que os seus membros, geralmente os menos favorecidos, sejam respeitados por ela. Uma sociedade política que não respeita homossexuais, mulheres ou negros, não pode esperar que estes se identifiquem com ela, nem é merecedora de sua fidelidade.*¹⁵⁴

4.1 O confronto das políticas de Ações Afirmativas e a concepção doutrinária de normas constitucionais programáticas e da reserva do possível

A discussão quanto ao respeito aos direitos humanos é tema em moda na atualidade global. E não há como tratar deste tema sem levar em consideração as particularidades individuais e coletivas, reconhecendo as diferenças e compreendendo o outro como um ente único e dotado de personalidade e dignidade, porém integrado numa coletividade que aspira iguais direitos.¹⁵⁵ É da diferença, então, que se pode enfim estabelecer regras de igualdade.

Neste sentido não existe igualdade plena, e jamais poderá haver. As distinções existentes pelos fatores tais como origem, raça, sexo, opção sexual, idade, deficiências são fatores que distinguem os grupos sociais e personaliza o indivíduo como único. O conjunto desta diversidade faz sedimentar a sociedade

¹⁵⁴ TAVARES, Quintino Lopes Castro. *Multiculturalismo*. Capítulo 3. p. 89/124. In: LOIS, Cecília Caballero (org.). *Justiça e Democracia: entre o universalismo e o comunitarismo*. São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 118.

¹⁵⁵ Nisso resulta a ideia de alteridade que é a compreensão do outro e sua aceitação, sem a intenção de “formatá-lo” dentro de minha concepção. Frei Betto, de modo claro e preciso define alteridade como a forma pela qual eu sou capaz de apreender o outro na plenitude da sua dignidade, dos seus direitos e, sobretudo, da sua diferença. Quanto menos alteridade existe nas relações pessoais e sociais, mais conflitos ocorrem. A nossa tendência é colonizar o outro, ou partir do princípio de que eu sei e ensino para ele. (BETTO, Frei. *Alteridade*. In: ADITAL. Agência de Informação Frei Tito para a América Latina. Pesquisa em: <<http://www.adital.com.br/site/noticia2.asp?lang=PT&cod=7063>>. Acessado em: 18/06/2009).

multicultural e pluralista, onde seus membros devem respeitar-se mutuamente, assegurando iguais direitos, garantias e oportunidades.

Dentre as tantas razões de desigualdades, algumas são de ordem natural e que devem ser consideradas para se estabelecerem regras distintas de tratamento. Este é o caso, por exemplo, da diferenciação que deve ser feita entre homens e mulheres, partindo-se da própria estrutura biológica distinta, sobretudo quanto se é entregue o ônus da gestação à mulher. Não é porque a natureza criou a diferença que não se deva, obedecendo a esta ordem desigual e imutável, estabelecer direitos e condições de efetiva integração coletiva, gerando oportunidades iguais. Para isso é que se fazem necessárias regras de desigualação, de modo a permitir no plano político e civil, a concretização de participação igualitária.

Outras, e que fogem desta ordem natural, são resultantes de distinções sociais, econômicas, culturais e políticas, devendo por isso serem repudiadas, por serem por isso só afrontosas à dignidade humana. O respeito e aceitação as diversidades faz parte da própria ideia de igualdade, porque decorre do pluralismo político acolhido no direito interno pela expressão entabulada na Constituição Federal (art. 1º, IV, CF). Conquanto, nenhuma distinção pode servir para motivar qualquer forma de discriminação.

De modo sintetizado, é a partir deste conjunto de diversidades e diferenças que se estabelece o princípio da igualdade.

O ponto de partida para compreensão da igualdade é o da dignidade da pessoa humana. Este princípio irradia a força gravitacional que atrai toda ordem jurídica, dentro de um Estado Democrático de Direito. Assim como o cidadão tem direito a igualdade também lhe assiste o direito à diferença, de ser tratado e respeitado dentro das suas particularidades.

O respeito à diferença, chamado por Nancy Fraser de “política do reconhecimento”, tem como objetivo contribuir com uma sociedade plural, *onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do*

*igual respeito*¹⁵⁶, mas reconhecimento das perspectivas diferenciadoras existentes nas sociedades e que devem ser levadas em consideração.

Assim, o papel das ações afirmativas é importantíssimo para fazer valer o enunciado na Constituição Federal de 1988. São instrumentos de transformação social para o resgate de direitos ainda não realizados na sociedade atual.

A experiência americana, já abordada neste trabalho, serve sempre de referência para demonstrar que vale a pena o Estado investir nestas políticas públicas voltadas as minorias, porque trarão resultados em proveito de todos e não só daqueles diretamente contemplados.

Acontece que, no direito interno, apesar da Constituição Federal apontar para a necessidade de implantação de políticas de ações afirmativas, principalmente quando se trata da discriminação racial, muito pouco foi feito, em razão de resistências de grupos oponentes a esta necessária igualação. Álvaro Ricardo de Souza chega a afirmar que em alguns casos a situação da sociedade brasileira aproxima-se ao que se via nos Estados Unidos antes da década de 1950.¹⁵⁷

De fato, quer nos Estados Unidos, África do Sul e em alguns países da Europa, tem-se claramente delineado normas para a aplicação das ações afirmativas, ao tempo que, no Brasil, ainda se está no plano das discussões.

Porém, enquanto não forem dados na prática os instrumentos legislativos pelo direito interno, nem por isso há orfandade para desenvolvimento de políticas de igualação, para que o suporte essencial a justificá-las, acha-se no aparato internacional representado pelas Convenções ratificadas pelo país e Declarações Internacionais assinadas e no próprio texto constitucional, cujos princípios e regras são mandamentos impostos pela vontade soberana da nação brasileira, não podendo ser interpretadas na concepção evasiva de *normas programáticas*¹⁵⁸.

¹⁵⁶ FRASER, Nancy. *Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada da Justiça*. In: *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Coord. Daniel Sarmiento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p. 167.

¹⁵⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiências*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p, 164.

¹⁵⁸ Sobre normas programáticas trago a colação a explanação: *À luz dessa classificação* (Normas constitucionais operativas e programáticas), *das mais conhecidas no direito constitucional, e que sempre teve grande prestígio, menos por seu intrínseco valor do que pelos propósitos a que, vez por outra, tem servido – por via de regra, quando se quer negar eficácia a um preceito constitucional diz-*

Somadas as questões afetadas por este viés interpretativo das normas programáticas, atualmente substituída pelo discurso doutrinário da *reserva do possível*¹⁵⁹, que em grande medida acaba por atingir os grupos minoritários e socialmente discriminados.

Ocorre que, referidas doutrinas, excelentes instrumentos para justificar a ausência da atuação incisiva do poder público quanto à satisfação dos direitos fundamentais de Segunda dimensão, donde se insere o princípio da igualdade, importados de outros modelos políticos de Estado, devem ser vistas com restrição e melhor compreensão no âmbito de nossas relações internas.

O fato é que, oriunda da Europa, a tese da *reserva do possível* que visa a contenção de recursos públicos naqueles países, é ali justificada por duas razões distintas da realidade brasileira. Primeiramente, porque depois de toda destruição e miséria causada pela Segunda Guerra Mundial, tiveram que adotar políticas voltadas para um Estado-previdente, ou Estado-social, inibindo e corrigindo as distorções do princípio da igualdade na perspectiva puramente formal (igualdade perante a lei). Com isso, evitou que se ascendesse uma estrutura social com enormes lacunas de desigualdades. Noutro sentido, estes países praticamente esgotaram as possibilidades de crescimento das receitas estatais, ao tempo que cresceram em demasia as necessidades sociais, principalmente em face dos compromissos previdenciários assumidos pela geração do pós-guerra.

se que ele não pode ser aplicado porque se trata de norma simplesmente programática –, à luz dessa tradicional classificação, que se baseia na executoriedade das normas constitucionais, dizerem-se operativos os preceitos que são dotados de eficácia imediata ou, pelo menos, de eficácia não dependente de condições institucionais ou de fato; e programáticos, a seu turno, os que definem objetivos cuja concretização depende de providências situadas fora ou além do texto constitucional. (In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20/21).

¹⁵⁹ *Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos. Distinta da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado (assim como o destinatário em geral) também deve ter a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes. Encontramo-nos, portanto, diante de duas facetas diversas, porém intimamente entrelaçadas, que caracterizam os direitos fundamentais sociais prestacionais. É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma “reserva do possível”, que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma. (In: SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 282.)*

Sem adentrar na discussão sobre as teorias mencionadas e quanto as ideologias que as justificam, a pretensão de suas adequações à realidade brasileira é, sem dúvida alguma, forma burlada de não fazer valer os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Aqui, ao contrário da Europa, não foi superada a fase do Estado-social e, por isso trata-se de uma demanda reprimida numa tábua de direitos que nunca foi cumprida. A nossa estrutura social, oriunda de um modelo oligárquico, embora em plena vigência republicana, sempre atendeu privilegiadamente alguns grupos que despojaram os benefícios, em detrimento à falta de oportunidades concedidas aos grupos minoritários politicamente, conquanto superior em termos de contingente populacional.

Estas teorias justificadoras a não concretização dos direitos sociais acabam servindo, no Brasil, num modelo de negligências e de anteparo para não adoção de boa parcela de políticas de ações afirmativas. Asseguram o desejo da solução dócil de se negar a implementação das políticas de atendimento, sem que com isso possa parecer mais uma forma de discriminação.

Não se poder perder de mira que ao tratarem-se das políticas de ações afirmativas está-se diante da efetivação do princípio da igualdade na perspectiva de sua materialização. Sendo assim, não podem haver barreiras, seja em razão das posições doutrinárias negatórias ou por motivações ditas políticas de qualquer outra ordem, porque se estará alimentando ainda mais as fórmulas discriminatórias.

Dentre os tantos grupos dependentes de políticas de ações afirmativas, centra-se, no caso deste trabalho, àquelas destinadas aos negros e mulheres, vítimas dos preconceitos e discriminações de raça e gênero. Para tanto, quer demonstrar claramente os obstáculos postos à sua realização, ainda que não se possa negar que, apesar de todas estas resistências, esteja havendo movimentação do poder público para superar o problema destas discriminações.

4.2 Causas injustificáveis para o preconceito e a discriminação racial

Como será demonstrado no tópico 4.4 deste capítulo, a discriminação racial é visualizada estatisticamente, verificando-se a predominância de pessoas brancas em relação aos negros nos diversos espaços sociais, políticos e, sobretudo,

econômico. Percebe-se esta distinção, por exemplo, a partir do maior acesso e permanência de pessoas brancas nas instituições públicas de ensino superior, cuja qualidade é melhor do que das instituições privadas. Em contraposição a esta realidade, o ensino privado nas primeiras fases – ensino fundamental e médio – tem preparado com muito mais eficiência e qualidade o aluno para o ingresso no ensino superior. Assim, aqueles que desfrutaram do ensino privado nas fases iniciais, estarão mais preparados para o acesso no ensino público superior, onde a qualidade supera a privada. Com isso, naturalmente, terão melhores oportunidades de profissionalização e inserção no mercado de trabalho e, por conseguinte, maior remuneração e possibilidade de atendimento as suas necessidades básicas, como moradia, saúde, lazer, etc.

É verdade que a situação da dificuldade de acesso ao ensino superior alcança de um modo geral a população pobre, como bem observa Márcio Pochmann, presidente do Ipea ¹⁶⁰. Mas, o que deve ser observado é que a pobreza no Brasil, na sua grande proporção, tem cor e descende dos escravos, como revela pesquisa do economista Marcelo Paixão, professor da UFRJ (Universidade Federal do Rio de Janeiro), demonstrando que a taxa de pobreza entre negros é 48,99% mais alta que entre brancos.¹⁶¹

¹⁶⁰ POCHMANN, Márcio. *O mercado de trabalho reproduz a desigualdade*. Entrevista concedida a José Cristian Góes. In: Caros Amigos. Ano XIII, n. 149. Agosto 2009. São Paulo: Editora Casa Amarela, 2009. *Na sociedade do conhecimento não há justificativa técnica, não há razão alguma que as pessoas comecem a trabalhar antes dos 25 anos de idade. Não é a sociedade do conhecimento? O principal ativo não é a informação? Por que começa a trabalhar cedo? Por que começar a trabalhar antes de ter completado a universidade? Mas isso já existe no Brasil. Difícilmente vamos encontrar um filho de rico que tenha começado a trabalhar antes dos 25 anos de idade, depois de ter completado a universidade, ter feito MBA, ter estudado fora do país. Somente no Brasil os filhos de pobres estão condenados a trabalhar sempre. A gente quer dar trabalho para os filhos dos pobres, não quer dar educação. As ações de educação são todas voltadas para o mercado de trabalho. Os filhos dos pobres começam muito cedo a trabalhar. Por começar muito cedo, eles não estudam e vão ocupar os piores postos no mercado de trabalho. Temos república no Brasil? Não temos república, nada. República significa a igualdade de oportunidades. E se há os que começam a trabalhar aos 15 anos de idade e outros só depois dos 25, não há igualdade de oportunidade. Os filhos dos ricos vão começar depois e ocupar os principais postos do mercado de trabalho, seja no setor público, seja no setor privado. O mercado de trabalho reproduz a desigualdade. Os filhos dos pobres continuarão sendo pobres e os filhos dos ricos sendo ricos. [...] Os jovens filhos de pobres no Brasil só estudam quando trabalham. Não temos estudantes que trabalham, mas jovens trabalhadores que estudam. Quando falta trabalho ou a renda é pouca ele abandona o estudo. [...] Trabalhar e estudar não combina. É por isso que o Brasil avança na oferta de vagas e piora na qualidade de ensino.*

¹⁶¹ FOLHA DE SÃO PAULO. *Taxa de pobreza é mais alta entre negros*. Folha de São Paulo, São Paulo, 30/06/2003. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u77642.shtml>>. Acesso em 20/10/2009.

Ao discorrer do tema das ações afirmativas, não se esquece da necessidade de ampliação do seu leque de atendimento a outros grupos minoritários que assim como negros e mulheres, também sofrem as consequências da discriminação. Neste contexto, sem dúvida alguma, talvez o pior fator discriminatório é o econômico – se é que se pode graduar formas de preconceito: o preconceito por si só é abjeto – , sobretudo porque, em princípio, não faz distinção de sexo ou cor, sofrendo o discriminado de imediato as consequências da segregação. Porém, não queira ser ao mesmo tempo do sexo feminino, negra e pobre no Brasil, porque então se verá o suprassumo da discriminação.

Daí que não dá para fantasiar e tentar omitir um fato que é estatisticamente comprovado. A afirmativa de que no Brasil vive-se uma “democracia racial” é falaciosa e só contribui para perpetuar esta situação. Historicamente fomos a última nação a abolir formalmente a escravatura, ao tempo que o primeiro a proclamar-se uma sociedade sem discriminação racial. É verdade que não convivemos com legislações explicitamente racistas, como foram nos Estados Unidos e na África do Sul com o *apartheid*, mas é nítido que as oportunidades foram diferentemente distribuídas, o que levou a um padrão de vida ao negro muito inferior aos não-negros.

O mito da democracia racial, expressão cunhada e utilizada a exaustão por mentores intelectuais da forjada não discriminação, fez com que houvesse a persistência do racismo e criasse uma falsa impressão na sociedade como ausente de preconceito e discriminação onde houve oportunidades econômicas iguais para brancos e negros. Na prática o que se percebe sem muito esforço, bastando olhar ao redor, que não passa de um discurso cheio de preconceitos e voltado a justificar o *status quo*.

O preconceito no Brasil pode ser confirmado, dentre tantos outros estudos, pelo trabalho empírico realizado por Vera Moreira Figueira, pesquisadora do Arquivo Nacional do Rio de Janeiro, por ocasião do centenário da Lei Áurea (1988), a partir de entrevista 442 alunos¹⁶². Primeiramente foi solicitado que indicasse, a partir de fotos, a profissão que melhor encaixaria para aquela pessoa. O

¹⁶² FIGUEIRA, Vera Moreira. Preconceito racial na escola. *Cadernos Cândido Mendes – Estudos Afro-Asiáticos*, n. 18, p. 63-73, maio, 1990.

Objetivo era demonstrar a discriminação social no trabalho e o *status* ocupacional mais adequado para brancos e negros.

	Preferência por brancos	Preferência por negros
Engenheiro	85,4%	14,5%
Médico	92,2%	7,8%
Faxineiro	15,5%	84,4%
Cozinheiro	15,5%	84,4%

Dos resultados percebeu-se que as profissões de maior *status* eram tidas como mais adequadas aos brancos e as de *status* inferior aos negros¹⁶³. Este dado,

¹⁶³ Este dado também foi confirmado pelo SEADE/DIEESE em pesquisa realizada no ano de 2008. De acordo com esta pesquisa, realizada na Grande São Paulo, a região mais rica do país, a renda de um trabalhador negro é metade da de um não-negro. Segundo os dados, enquanto o rendimento médio do negro é de R\$ 4,36 por hora, o não-negro recebe R\$ 7,98. In: http://static.rnw.nl/migratie/www.parceria.nl/brasil/20081120_br_negro_redirected. Acessado em: 01/09/2009.

Estes dados não se alteraram, conforme revela novo estudo divulgado em 2009. Sintetizando este levantamento, o repórter da Agência Brasil, redigiu matéria com o seguinte tema: “*Negro trabalha mais e ganha menos, diz pesquisa de economista do Dieese*”, da qual merece transcrição o seguinte trecho (In: <http://glaucoortez.wordpress.com/2009/06/28/negro-trabalha-mais-e-ganha-menos-diz-pesquisa-de-economista-do-dieese/> . Acessado em: 01/09/2009): *Sessenta por cento dos trabalhadores negros têm rendimento de até dois salários mínimos. Os negros são a maioria nos setores de atividade econômica com maior jornada de trabalho (como emprego doméstico, 60,8%); com uso mais intensivo da força física de trabalho (construção civil, 59,5%) e historicamente menos protegidos pelo sistema previdenciário (setor agrícola, 60,4%). Os negros formam a maioria dos trabalhadores sem carteira assinada (55,3%).*

Por outro lado, os negros são minoria no conjunto dos trabalhadores com melhor remuneração e melhor condição de trabalho. Dos empregados com carteira de trabalho assinada, apenas 43,2% são negros. Dentro da administração pública (onde há estabilidade de emprego, entre outras vantagens), os negros também são minoria (41,3%). Menos de um quarto dos empregadores (empresários) são negros.

Os dados foram apresentados pelo economista Ademir Figueiredo, coordenador de estudos do Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (Dieese), durante painel que debateu o mercado de trabalho, promovido durante a 2ª Conferência Nacional de Promoção da Igualdade Racial que ocorre em Brasília, com a participação de 1.500 pessoas segundo os organizadores.

“O mercado de trabalho é um dos temas mais caros. A população que mais trabalhou é a que foi mais excluída”, sintetizou o sociólogo João Carlos Nogueira, consultor do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud).

O sociólogo ligou a situação do mercado de trabalho com a qualificação e formação profissional, segundo ele, há um “círculo vicioso”: “a ausência de maior número de meninos e meninas negras no ensino fundamental diminui o ingresso no ensino técnico”, apontou.

por si, demonstra claramente a discriminação racial no âmbito do emprego, reafirmando a fala do presidente do Ipea, no trecho da entrevista anteriormente copilada.

Outro ponto da pesquisa que foi avaliado pedia que o estudante qualificasse virtudes e defeitos sociais em relação a brancos e negros e mais uma vez a discriminação ficou evidente. O resultado foi que aos brancos couberam as qualidades positivas e aos negros os defeitos.

Qualidades positivas		Qualidades negativas	
Preferência por brancos		Preferência por negros	
Amigo	76,2%	Burro	82,1%
Estudioso	75,3%	Feio	90,3%
Inteligente	81,4%%	Porco	84,4%
Bonito	95%%	Grande ladrão	79,6%
Rico	94,6%		

Outro levantamento que demonstra a discriminação racial brasileira, foi realizado pelo Instituto DataFolha em 1995, quando pesquisou sobre o racismo¹⁶⁴. Sandro César Sell utilizando estes dados fez um estudo e constatou que o país fica pouco à vontade para assumir a existência de racismo, embora, os brasileiros reconheçam que práticas discriminatórias contra negro sejam comuns.¹⁶⁵

Neste trabalho o pesquisador utilizou 5.081 questionários para fazer o diagnóstico do racismo no Brasil e a partir dos dados levantados constatou-se que

Segundo dados do Dieese, 24,6% dos negros com mais de 15 anos não têm instrução alguma; 42,8% têm o ensino fundamental incompleto. No topo da pirâmide, com ensino superior completo apenas 2,3% dos negros, enquanto entre os não negros o percentual é de 8,8%.

¹⁶⁴ *Racismo é a suposição de que há raças e, em seguida, a caracterização bio-genética de fenômenos puramente sociais e culturais. É também uma modalidade de dominação ou, antes, uma maneira de justificar a dominação de um grupo sobre outro, inspirado nas diferenças fenotípicas da nossa espécie.* (SANTOS, Joel Rufino. *A questão do negro na sala de aula*. Rio de Janeiro: 1990.p. 12. Coleção na Sala de aula).

¹⁶⁵ SELL, Sandro César. *Ação afirmativa e democracia racial: uma introdução ao debate no Brasil*. Florianópolis. Fundação Boiteaux, 2002. p. 64-65.

89% dos brasileiros entrevistados afirmaram haver preconceito contra o negro no país. O que chamou a atenção na pesquisa foi que quando perguntado se o entrevistado fazia parte deste grupo, apenas 1% afirmou positivamente, enquanto 88% dos entrevistados negaram ser racistas. Esta contradição lembra as palavras do antropólogo Florestan Fernandes: *O brasileiro tem preconceito de ter preconceito.*¹⁶⁶

Estas pesquisas demonstram claramente a existência de racismo, preconceito e discriminação no Brasil, apesar de que poucos admitam isso. Neste sentido é importante diferenciar preconceito e discriminação que apesar de serem correlatos, designam fenômenos diversos. Em relação a esta distinção cabe a transcrição das definições indicadas por Roger Raupp Rios:

Por *preconceito*, designam-se as percepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções. Já o termo *discriminação* designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrarias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violação de direitos dos indivíduos e dos grupos.¹⁶⁷

Daí, não se pode desmentir que a sociedade brasileira ainda é carregada de preconceito e discriminação racial, embora seja fato negado oficialmente ou nas relações privadas no dia-a-dia. Há preconceito uma vez que no plano individual o cidadão alimenta pensamentos racistas, mesmo que não os admitam explicitamente. A partir do momento que materializa estes pensamentos passa a discriminar. Isto é facilmente percebido pelas pesquisas destacadas neste tópico como os dados estatísticos apresentados pelo Ipea em 2008.

4.2.1 As origens da discriminação racial

O Brasil colônia existiu a partir da força de trabalho escrava. Ou como anota Gustavo Acioli Lopes, *os escravos africanos foram responsáveis por todo tipo*

¹⁶⁶ SELL, Sandro César. *Ação afirmativa e democracia racial: uma introdução ao debate no Brasil*. Florianópolis. Fundação Boiteaux, 2002. p. 66.

¹⁶⁷ RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 15.

*de trabalho na mais promissora colônia portuguesa – a ponto de se dizer que, sem eles, não existiria Brasil.*¹⁶⁸

A origem da discriminação racial remonta, portanto, à própria colonização do Brasil. Em princípio o português tentou usar a mão-de-obra indígena, todavia este se demonstrou indisciplinado para os trabalhos braçais e serviços impostos pelos brancos, surgindo daí a necessidade de outra força de trabalho.¹⁶⁹

Em 1550, chega então ao Brasil a primeira leva de escravos, que desembarcou em Salvador. Os primeiros grupos de negros trazidos foram os *sudaneses*, originários da Nigéria, Daomé e Costa do Ouro. Com isso, Portugal que já explorava o mercado africano de escravos, apenas transferiu esta atividade para a nova terra. Ao contrário dos indígenas, os negros já estavam habituados ao trabalho agrícola, ao pastoreio e à utilização dos metais.

Assim, toda produção e desenvolvimento do Brasil/Colônia passaram a depender essencialmente do trabalho dos negros traficados da África. *Os escravos são as mãos e os pés do senhor de engenho, porque sem eles no Brasil não é possível fazer, conservar e aumentar fazenda, nem ter engenho corrente.*¹⁷⁰ A sociedade brasileira formou-se em função das necessidades e interesses econômicos do seu descobrimento e exploração, principalmente pelas atividades agrícolas da cana-de-açúcar. Para isso, e para poder tirar o maior proveito econômico desta atividade, o trabalho escravo era desprovido de qualquer remuneração, sendo a grande saída.¹⁷¹ Óbvio que se trata de um olhar na perspectiva de rentabilidade e crescimento dos grandes produtores e tidos como responsáveis pelo desenvolvimento econômico da Colônia, desprezando o fato de que eram dependentes inteiramente da força de trabalho escravizada, ainda que ao cabo menosprezasse este trabalho como ente humano dotado do mínimo para existência humana.

¹⁶⁸ LOPES, Gustavo Acioli. *As mãos e os pés do Senhor*. p. 34-39 In: Revista desvendando a História. Ano 2, nº 10. p.34.

¹⁶⁹ FREYRE, Gilberto. *Casa-grande&Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1997.p. 285.

¹⁷⁰ COSTA, Luís César Amad. *História do Brasil*. 4ª ed. São Paulo: editora Scipione, 1992. p.47.

¹⁷¹ FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1997. p. 286-289.

Cerca de 40% dos negros morriam durante a viagem nos porões insalubres dos navios negreiros. Sua expectativa de vida não durava mais do que 10 anos como escravo. E toda a riqueza produzida na Colônia era por ele produzida. Os poucos assalariados que existiam serviam para vigiá-los.¹⁷²

Em meados do século XVII o Brasil já era o maior importador de escravos africanos do Ocidente. Inicialmente trazidos para a agricultura açucareira foram também trabalhar nas minas com a descoberta de pedras preciosas e ouro, mais tarde foram introduzidos no plantio do café.¹⁷³

Darcy Ribeiro descreve que até o final do período colonial cerca de 12 milhões de negros foram usados na força de trabalho escravo e ao final do período colonial o Brasil constituía uma das maiores massas negras do mundo moderno. A abolição da escravatura foi a mais tardia do mundo e quando se encontraram livres tiveram que disputar o mercado de trabalho com imigrantes europeus. A realidade em que se viu o negro após a sua “liberdade” foi triste, foi jogado à miserabilidade e agora não-escravizados, porém, sem um pedaço de terra para a subsistência ou remuneração condizente com suas necessidades vitais, foram alvos de discriminação e taxados como preguiçosos e perigosos.

O negro, condicionado culturalmente a poupar sua força de trabalho para não ser levado à morte pelo chicote do capataz, contratava vivamente como força de trabalho com o colono vindo da Europa, já adaptado ao regime salarial e predisposto a esforçar-se ao máximo para conquistar, ele próprio, um palmo de terra em que pudesse prosperar, livre da exploração dos fazendeiros.

O negro, sentindo-se aliviado da brutalidade que o mantinha trabalhando no eito, sob a mais dura repressão – inclusive as punições preventivas, que na castigavam culpas ou preguiças, mas só visavam dissuadir o negro de fugir -, só queria a liberdade. Em consequência, os ex-escravos abandonam as fazendas em que labutavam, ganham as estradas à procura de terrenos baldios em que pudessem acampar, para viverem livres como se tivessem nos quilombos, plantando milho e mandioca para comer. Caíram, então, em tal condição de miserabilidade que a população negra reduziu-se substancialmente. Menos pela supressão da importação anual de novas massas de escravos para repor o estoque, porque essas já vinham diminuindo há décadas. Muito mais pela terrível miséria a que foram atirados. Não podiam estar em lugar algum, porque cada vez que acampavam, os fazendeiros vizinhos se organizavam e

¹⁷² COSTA, Luís César Amad. *História do Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Scipione, 1992. p. 50.

¹⁷³ LOPES, Gustavo Acioli. *As mãos e os pés do Senhor*. p. 34-39 In: Revista desvendando a História. Ano 2, nº 10. p.35.

convocavam forças policiais para expulsá-los, uma vez que toda a terra estava possuída e, saindo de uma fazenda, se caía fatalmente em outra.¹⁷⁴

Estes fatos representam o lado perverso da abolição da escravatura. Depois que os negros comemoraram a liberdade depararam com a nova realidade, porque se viram sem trabalho, sem comida, roupas ou qualquer proteção, mesmo que precária, como aquela fornecida por parte do seu dono escravocrata. O alcance à igualdade jurídica não mudou em nada os fatos quanto à desigualdade econômica e social que se instalou entre esta parcela da população.

Não houve nenhuma política de proteção aos negros que se viram “livres”, porém sem nenhuma forma de prover as suas necessidades básicas. Essa situação demonstra que tanto socialmente, quanto do ponto de vista econômico, o negro sofreu um processo de marginalização. O escravo passa de meio de produção para trabalhador assalariado, mas de subemprego que muitas vezes não passam de trabalhos escravos camuflados de legalidade.

Para sua sobrevivência os negros tiveram que reconstruir sua vida em liberdade nas comunidades dos quilombos, ou se sujeitaram a exploração de um trabalho assalariado a baixos preços. Sendo desprezados e considerados desclassificados, vadios, marginais e preguiçosos, os descendentes destes fazendeiros perpetuaram estas ideias os qualificando também como ignorantes e criminosos. E até os dias atuais são considerados culpados pelas próprias desgraças, não compreendendo que suas condições nada mais são do que resultado da escravidão e opressão sofridas no passado. Este contingente populacional expressivo formou o grupo que mais sentiu na pele a dor da discriminação e repúdio social.¹⁷⁵

A nação brasileira, comandada por gente dessa mentalidade, nunca fez nada pela massa negra que a construíra. Negou-lhe a posse de qualquer pedaço de terra para viver e cultivar, de escolas em que pudessem educar seus filhos, e de qualquer ordem de assistência. Só lhes deu, sobejamente, discriminação e repressão. Grande parte desses negros, dirigiu-se às cidades, onde encontrava um ambiente de convivência social menos hostil. Constituíram, originalmente, os chamados bairros africanos, que deram lugar às favelas. Desde, então, elas vêm

¹⁷⁴ RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: evolução e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 221.

¹⁷⁵ FARIA, Sheila de Castro. *A colônia brasileira: Economia e diversidade*. São Paulo: Moderna, 1997. p. 58.

se multiplicando, como a solução que o pobre encontra para morar e conviver. Sempre debaixo da permanente ameaça de serem erradicados e expulsos.¹⁷⁶

Percebe-se que muitos dos problemas sociais existentes hoje são originários de décadas de descaso e desrespeito aos direitos humanos destas pessoas exploradas e jogadas à própria sorte. As favelas concentradas nas grandes cidades brasileiras remontam desta época e são majoritariamente povoadas por descendentes de escravos que não tiveram alternativa de sobrevivência.¹⁷⁷

Considerada território de concentração de criminosos, as favelas são desprovidas de vários serviços públicos essenciais para o desenvolvimento social, como educação, saúde, assistência social, saneamento básico etc. Local que a repressão policial não encontra limite, impondo a violência, a pretexto de combate (expressão de guerra) à violência. A exclusão social é evidente. Retratando bem esta passagem, Andreilino Campos, assim expõe:

O controle exercido pelo Estado sobre os grupos menos favorecidos é, em geral, expresso pela marca da violência com que são tratados os mais pobres. Hoje, início do século XXI, mudaram as estratégias, mas a questão dos mais pobres continua como uma questão policial. Nesse caso, estamos nos referindo a uma violência tácita, seja na ocupação do espaço, seja na ação coletiva, onde a repressão é a melhor arma para a negociação entre o Estado e os desvalidos.

Sem trabalho já no século XX, os negros, como grupo preferencialmente excluído do mundo do trabalho, também não tiveram os direitos reconhecidos de serem considerados incluídos com relação aos direitos mínimos que os demais grupos sociais tinham. Assim, herdaram-se os procedimentos de combate aos negros quilombolas do século anterior. A verdade é que grupos hegemônicos da sociedade sempre trabalharam associados ao Estado para que o controle pudesse ganhar ares de legitimidade.

Contudo, o controle exercido pelos grupos dominantes se reflete, de forma incontestável, no cotidiano daqueles que são considerados subalternos na sociedade. O sistema escolar, a cultura, a ideologia e outros elementos são os meios que a literatura registra para se efetuar o domínio. Como, no início do século XX, grande parte dos grupos subalternos encontrava-se fora da escola e à margem da sociedade, as instituições (escola, igrejas, clubes) serviram como meio de reproduzir os valores que manteriam os grupos considerados subalternos em condições de precariedade de vida durante todo o século XX.¹⁷⁸

¹⁷⁶ RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: evolução e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 222.

¹⁷⁷ CAMPOS, Andreilino. *Do Quilombo à Favela: a produção do “espaço criminalizado” no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

¹⁷⁸ CAMPOS, Andreilino. *Do quilombo à favela: a produção do “espaço criminalizado” no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 64.

A discriminação racial acompanha todo o processo histórico brasileiro e foi acumulando demandas sociais. Hoje, além de uma situação de opressão, onde classes dominantes concebem grupos pobres e de negros como indivíduos que vivem na marginalidade e criminalidade (como se esta segunda adjetivação fosse resultado sintomático da primeira, fato que revela mais uma forma de discriminação), e que por isso devem ser tratados com o império do braço policial do Estado, enquanto, a rigor, devesse ser vistos como tema e empenho de políticas de ações sociais de cunho afirmativas.

Muito há de ser feito para correção destas distorções, e embora a tarefa não passe exclusivamente pela iniciativa do poder público, o Estado tem um dever ético, moral e político na superação destas demandas, no sentido de oferecer oportunidades igualitárias, substantivamente, a todos, ressaltando as desigualdades históricas para maior incidência aos grupos minoritários, neste caso os negros, com políticas e ações inclusivas e de participação.

4.2.2 Instrumentos políticos e jurídicos de ações afirmativas em favor dos negros

O Brasil tem se posicionado, ainda que timidamente, com políticas em favor dos negros. Desde 1970, com a introdução do quesito cor nos censos demográficos, tem sido sistematicamente denunciada as sérias desigualdades raciais. Pesquisas pioneiras trouxeram a discussão em pauta, realizadas por Carlos Hasenbalg (1979), Nelson do Valle Silva (1980) e Hasenbalg e Silva (1990).¹⁷⁹ A partir destes dados que se destacou a crítica quando a uma democracia racial brasileira.

Estes resultados serviram também aos movimentos negros que ganharam força. Um marco importante neste processo deu-se em 1996, quando o Congresso Nacional homenageou Zumbi como um herói da nação, instituindo o dia 20 de novembro, data de seu aniversário, como o “Dia Nacional da Valorização da Consciência Negra”. No mesmo ano, o Presidente da República, na abertura do

¹⁷⁹ MOEHLECKE, Sabrina. *Propostas de Ações Afirmativas no Brasil: o acesso da população negra ao ensino superior*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. 2002. p. 48. In: <<http://biblioteca.universia.net/ficha.do?id=27660>>. Acessado em: 04.05.2008.

Seminário Internacional promovido pelo Ministério da Justiça, admite a existência de preconceito e discriminação racial na sociedade brasileira.

Tem-se hoje no Brasil um reconhecimento da importância da questão racial. O poder público vem debatendo o assunto e promovendo algumas ações, porém muito incipientes para resolver o problema. De um modo geral, as políticas públicas adotadas têm se caracterizado numa perspectiva social, com medidas retributivas ou assistencialistas contra a pobreza. Porém, quando se levanta a discussão de que a pobreza está intimamente relacionada com a cor e que a existência de desigualdades entre os grupos raciais é atribuída ao racismo, e que para superação destas diferenças são necessárias medidas diretas para atacar a questão de frente, a discussão muda de rumo.

Atualmente, vários pesquisadores e militantes do Movimento Negro identificam mudanças no discurso oficial do Poder Público no que se refere à questão racial. Os próprios ideais de embranquecimento e de democracia racial são abordados de maneira diversa (Guimarães, 1997; 1999; Munanga, 1996). De certa forma, há um reconhecimento e publicização da existência, historicamente negada, de problemas raciais no Brasil.¹⁸⁰

O passo mais importante na rota do reconhecimento das situações de desigualdade e, daí a necessidade de tratamento diverso, foi dado com a Constituição Federal de 1988 que não só buscou resgatar uma demanda de direitos como elegeu uma nova planilha dos direitos fundamentais, deixando-os em aberto a partir do edito no artigo 5º, § 2º. Ademais, em seu artigo 1º trás como fundamento do Estado Democrático de Direito *a dignidade da pessoa humana*. Como objetivos fundamentais, no artigo 3º, destaca a necessidade de se *construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais; e promover o bem de todos sem qualquer preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.

No artigo 4º, a determina que a República Federativa do Brasil reger-se-á nas suas relações internacionais pelos princípios da: *prevalência dos direitos humanos, repúdio ao racismo*, dentre outros. Com isso, foram editadas as Leis 7.716/1989 e 9.459/1997, prescrevendo os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, bem ainda os crimes e as penas aplicáveis aos atos discriminatórios

¹⁸⁰ *Idem*. p. 59.

em face à religião, etnia, ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou publicação de qualquer natureza.

Nos incisos XLI e XLII, do artigo 5º, a Constituição traz como garantias a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. A legislação de 1989 foi criada para regulamentar esse dispositivo constitucional e punir os que fossem por ela condenados.

Em 1997 a Lei Complementar 9.459 veio garantir a sua efetivação. No artigo 215, que trata sobre os *direitos culturais*, afirma que cabe ao Estado garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, protegendo as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras. No seu § 5º, estabelece o tombamento de todos os documentos e sítios referentes aos antigos quilombos, e no artigo 242, § 1º, prescreve que o ensino de História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro.

A promulgação da Constituição Federal coincidiu com as comemorações do Centenário da Abolição da Escravatura. Neste mesmo ano foi promulgada a Lei 7.668/1988 criando a Fundação Cultural Palmares, que tem como objetivos apoiar, liderar e promover a dignidade e o respeito ao negro.

Estes acontecimentos indicam um reconhecimento por parte do Poder Público da existência de racismo no Brasil. Na década de 90, movimentos mais organizados foram se instalando com o fim de buscar novas perspectivas e exigir ações mais efetivas para a promoção do respeito ao negro.

Os anos 90 e, em especial, o ano de 1995, trariam novas mudanças. A “Marcha Zumbi Contra o Racismo, pela Cidadania e a Vida”, realizada em Brasília neste ano, significou um momento síntese de todo trabalho recentemente desenvolvido pelo Movimento Negro, principalmente pela amplitude de alianças que agregou, pelo relativo consenso programático e pela dimensão nacional que obteve. Nas suas reivindicações, foi central a cobrança de uma postura ativa por parte do Estado no tratamento da questão racial e da efetiva democratização da sociedade brasileira, para que propunha algumas soluções. Esse momento caracteriza uma maior aproximação do Movimento com o Poder Público e um esforço para pensar propostas de políticas públicas para a população negra. Essa postura é expressa durante a Marcha: “Já fizemos todas as denúncias. O

mito da democracia racial está reduzido a cinzas. Queremos agora exigir ações efetivas do Estado – um requisito de nossa maioria política.”¹⁸¹

Em 1995 o Presidente da República instituiu o Grupo de Trabalho Interministerial, com a finalidade de desenvolver políticas para a valorização da População Negra, competindo a este grupo, de acordo com o seu artigo 2º:

I – propor ações integradas de combate à discriminação racial, visando ao desenvolvimento e à participação da População Negra;

II – elaborar, propor e promover políticas governamentais antidiscriminatórias e de consolidação da cidadania da População Negra;

IX – estimular e apoiar iniciativas públicas e privadas que valorizem a presença do negro nos meios de comunicação;

X – examinar a legislação e propor as mudanças necessárias, buscando promover e consolidar a cidadania da População Negra.¹⁸²

É possível perceber que a vontade do Poder Público foi promover políticas antidiscriminatórias, incentivando a iniciativa pública e privada para o desenvolvimento da População Negra.

Quanto às ações afirmativas, o grupo realizou seminários em Salvador (BA) e em Vitória (ES). Destes encontros elaboraram propostas nas áreas de educação, trabalho, comunicação e saúde. Algumas foram implementadas. Porém, as relacionadas com caráter compensatório até hoje estão na pauta de discussão, tanto do Poder Legislativo, quanto do Poder Judiciário.

Em 1996 foi elaborado por diversas entidades da sociedade civil em parceria com o Governo Federal, o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH). Este programa, com suporte na Constituição Federal, tem como função estabelecer premissas para se avançar na discussão das políticas públicas de proteção dos direitos humanos, com base nos tratados internacionais ratificados pelo país.¹⁸³ Propõe o tratamento desigual à população negra quando estabelece como objetivo, dentre outros, desenvolver ações afirmativas para o acesso dos negros aos cursos profissionalizantes, à universidade e às áreas de tecnologia de

¹⁸¹ *Idem.* p. 64.

¹⁸² BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Decreto de 20 de Novembro de 1995 – Políticas para a População Negra. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Pesquisa em 27/05/2009.

¹⁸³ BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Programa Nacional de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PRODHI.HTM>. Acessado em: 27/05/2009.

ponta, formular políticas compensatórias que promovam social e economicamente a comunidade negra e apoiar as ações da iniciativa privada que realizem discriminação positiva.¹⁸⁴

Ao adotar o Programa Nacional de Direitos Humanos, o Brasil tornou-se um dos primeiros países do mundo a cumprir recomendação específica da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993), atribuindo ineditamente aos direitos humanos o *status* de política pública governamental. Sem abdicar de uma compreensão integral e indissociável dos direitos humanos, o programa original conferiu maior ênfase à garantia de proteção dos direitos civis. O processo de revisão do PNDH constitui um novo marco na promoção e proteção dos direitos humanos no País, ao elevar os direitos econômicos, sociais e culturais ao mesmo patamar de importância dos direitos civis e políticos.

Todavia, atualmente o que se observa é que muito da iniciativa ficou apenas no papel, porque é inegável que o Brasil está longe de desenvolver uma política efetiva de ações afirmativas para integração e inclusão da comunidade negra. A própria criação da Fundação Cultural Palmares não desenvolveu seus objetivos como delineados, de integração econômica, política e cultural do negro que, conforme Álvaro Ricardo de Souza Cruz, não passou de uma ação de *marketing*:

Assim, a criação da Fundação Cultural Palmares pela Lei nº 7.688/88, mesmo com o objetivo de integração econômica, política e cultural do negro, só pode ser enxergada como uma iniciativa isolada e extremamente tímida. Em nossa opinião, é muito mais uma ação de *marketing* político, do que propriamente uma concepção voltada para a inclusão do negro na sociedade brasileira.¹⁸⁵

Porém, um dos pontos mais discutidos e criticados no que se refere às políticas de ações afirmativas é o acesso às instituições de ensino superior no país, mediante cotas reservadas aos negros. Nos dados apresentados por Álvaro Ricardo de Souza Cruz, a partir de 1990, com a maior oferta de vagas nos cursos superiores, pode-se ver mais nitidamente a elitização do branco.

¹⁸⁴ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. Programa Nacional de Direitos Humanos – 13 de maio de 1996. Disponível em : < <http://www.mj.gov.br/sedh/pndh/pndhII/Texto%20Integral%20PNDH%20II.pdf>>. Acessado em 25.05.2009.

¹⁸⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 184.

Dados do censo de 1999 mostram que a oferta de vagas em cursos superiores cresceu significativamente na década de 1990. Contudo, a elitização tornou-se mais evidente: 70,7% das vagas foram ocupadas por estudantes oriundos daqueles considerados os 20% mais ricos do Brasil. Mas, os brancos continuam representando aproximadamente 80% dos estudantes. O restante permanece relegado à maioria de pardos e a uma minoria de negros e amarelos. A presença de índios é desprezível em termos estatísticos.¹⁸⁶

Nesse sentido, o Estado do Rio de Janeiro foi pioneiro na criação de cotas para negros nas suas Universidades Estaduais, editando as Leis 3.524/2000, 3.708/2001, 4.061/2003 e 4.151/2003. A partir daí, vários Estados, seguindo a linha em defesa e promoção das ações afirmativas, editaram leis no mesmo sentido.

Todavia, grupos e entidades resistentes a tais políticas ajuizaram várias ações contra as leis cariocas. Além dessas ações, há um número enorme de mandados de segurança impetrados por candidatos brancos que alegam estar sendo violados seus direitos frente à reserva de vagas. Como exemplo pode-se citar o julgamento da apelação 2003.001.27.194, na 11ª Câmara Cível-RJ, que por unanimidade acolheu o voto do relator, Desembargador Cláudio de Mello Tavares, mantendo a decisão de primeira instância, ao denegar pedido incidental que alegava inconstitucionalidade por ter sido preterido outro candidato “cotista”, concluindo pela constitucionalidade das leis impugnadas.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Idem. p. 188.

¹⁸⁷ APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. DENEGAÇÃO DO *WRIT*. SISTEMA DE COTA MÍNIMA PARA POPULAÇÃO NEGRA E PARDA E PARA ESTUDANTES ORIUNDOS DA REDE PÚBLICA ESTADUAL DE ENSINO. LEIS ESTADUAIS 3521/00 E 3708/01. EXEGESE DO TEXTO CONSTITUCIONAL. A ação afirmativa é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra da lei fundamental assegurado, por que não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. Cidadania não combina com desigualdades. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. Nesse cenário sócio-político e econômico, não seria verdadeiramente cidadão o leitor que lhe buscasse a alma o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história pelas mãos calejadas dos discriminados. É preciso ter sempre presente essas palavras. A correção das desigualdades é possível. Por isso façamos o que está a nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal, porque, na vida, não há espaço para o arrependimento, para a acomodação, para o misoneísmo, que é a aversão, sem se querer perceber a origem, a tudo que é novo. Mas mãos à obra, a partir da confiança na índole dos brasileiros e nas instituições pátrias. O preceito do art. 5º, da CF/88, não difere dos contidos nos incisos I, III e IV, do art. 206, da mesma Carta. Pensar-se o inverso é prender-se a uma exegese de igualização dita estática, negativa, na contramão com eficaz dinâmica, apontada pelo Constituinte de 1988, ao traçar os objetivos fundamentais da República Brasileira. É bom que se diga que se 45% dos 170 milhões da população brasileira é composta de negros (5% de pretos e 40% de pardos); que se 22 milhões de habitantes do Brasil vivem abaixo da linha apontada como de pobreza e desses 70% são negros, a conclusão que decorre é de que, na realidade, o legislador estadual levou em conta, quanto da fixação de cotas, o número de negros e pardos excluídos das universidades e a condição social da parcela da sociedade que vive na pobreza, como posto pela Procuradoria do Estado em sua manifestação. O único modo de deter e começar a reverter o processo crônico de desvantagens dos

No entanto, o Tribunal do Rio de Janeiro vem negando liminares sob a alegação de que são inconstitucionais as reservas de vagas a negros. Esta não tem sido, entretanto, a posição do judiciário noutros tribunais. Em vários outros Estados as decisões tem pautado na afirmativa de que cotas são legais, rejeitando contestações de não-cotistas e considerando o sistema constitucional. Hoje há, aproximadamente, 82 universidades de 23 Estados que adotam algum tipo de política inclusiva. Dessas, 35 têm o sistema de cotas.

O Estado com maior proporção de afrodescendentes, segundo o IBGE, com 79,1% de pretos ou pardos, a Bahia tem cotas na Universidade do Estado da Bahia (Uneb) e na Universidade Federal da Bahia (UFBA). Só no primeiro ano das 30 liminares concedidas em primeiro grau pela justiça estadual baiana, alegando inconstitucionalidade das cotas, foram derrubadas pelo Tribunal de Justiça. O mesmo pode-se ser observado nos demais Estados, como Pernambuco, Amazonas, Minas Gerais, Alagoas e Paraná. O Estado de São Paulo que adota a reserva de vagas não possui nenhuma ação no sentido. Dá para perceber que o Judiciário do Rio de Janeiro, proporcionalmente com grande população negra, até então, está isolado na sua posição.¹⁸⁸

A Confederação dos Estabelecimentos de Ensino Superior – CONFENEN – ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade contras estas cotas reservadas e aguarda decisão do Supremo Tribunal Federal.¹⁸⁹

O Poder Judiciário ainda não se posicionou conclusivamente sobre a constitucionalidade ou não destes programas que estão sendo adotados, principalmente àqueles que buscam a superação das discriminações raciais, como reservar uma porcentagem das vagas nos vestibulares das universidades públicas para os grupos negros.

negros no Brasil é privilegiá-la conscientemente, sobretudo naqueles espaços em que essa ação compensatória tenha maior poder de multiplicação. Eis porque a implementação de um sistema de cotas se torna inevitável. Na medida em que não podemos reverter inteiramente esta questão em curto prazo, podemos pelo menos dar o primeiro passo, qual seja, incluir negros na reduzida elite pensante do país.

¹⁸⁸ O ESTADO DE SÃO PAULO. *Justiça dos Estados diz que cotas são legais*. Coluna Nacional. Edição de 31/05/2009. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090531/not_imp379691.0.php>. Acesso em: 02.06.2009.

¹⁸⁹ BRASIL. JUDICIÁRIO. STF – Supremo Tribunal Federal. ADIN Nº 2858-8/600-RJ. Pesquisa em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia> . Acesso em 20/10/2009.

Não é apenas esta política de cotas que estão sendo adotada pelo Brasil. Pode destacar também como ações afirmativas todas as políticas públicas, como renda cidadão, bolsa família¹⁹⁰ e tantas outras designações adotadas, como forma de melhor distribuição de renda entre a população, não podendo esquecer que proporcionalmente os negros são mais pobres. Várias pesquisas demonstram que se avançou significativamente em termos econômicos após estas providências, principalmente com o aumento da classe média brasileira.

Certamente o passo decisivo, em termos legislativos, seja a aprovação do Estatuto da Igualdade Racial.¹⁹¹ Dentre tantas questões ali inseridas, o tema das cotas é então definido para todo o país, fixando o percentual de 50% das vagas em universidades federais para estudantes que tenham cursado todo o ensino médio em escolas públicas. Neste aspecto, contempla não só a população negra como a população pobre, independente de cor. Pelo projeto, as vagas vão ser preenchidas com reservas para negros, pardos e indígenas na proporção da população de cada Estado, de acordo com o censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Referido projeto é de autoria do Senado e em setembro de 2009, o estatuto foi aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados. O acordo que permitiu a aprovação, porém, retirou do projeto alguns dos pontos mais polêmicos: as cotas para atores negros na TV e as cotas para negros nas universidades; a identificação dos estudantes de acordo com a raça, no censo escolar; a regra que daria preferência em licitações públicas a empresas que promovessem ações de igualdade racial. O projeto deve retornar ao Senado, por ter sofrido modificações.

Com a aprovação, conforme o proposto pelo Senado, representaria um aumento significativo de participação de negros, pardos e índios no ensino superior,

¹⁹⁰ Programas de transferência direta de renda com condicionalidades, que beneficia famílias em situação de pobreza (com renda mensal por pessoa de R\$ 69,01 a R\$ 137,00) e extrema pobreza (com renda mensal por pessoa de até R\$ 69,00), de acordo com a Lei 10.836, de 09 de janeiro de 2004 e o Decreto 5.209, de 17 de setembro de 2004. Programas do governo que tem como finalidade a transferência de renda.

¹⁹¹ Trata-se do Estatuto da Igualdade Racial – Projeto de Lei 6264/2005 - A adoção de mecanismos para promover a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho e instituir o sistema de cotas para afro-brasileiros nas universidades públicas estão contempladas no estatuto.

significando maior acesso e oportunidades, com nível mais elevado de educação e profissionalização o que propiciará abertura para melhores empregos e presença nos espaços de decisões, de políticas públicas e na iniciativa privada.

Muito tem que ser feito para que o Brasil consiga pagar a sua dívida social para com os negros, índios e pardos. O Estatuto da Igualdade Racial é uma promessa de uma nova perspectiva nesta relação, com o fito de suplantar a discriminação racial ainda viva no seio da sociedade. Porém não basta o instrumento legal se não vier acompanhado de uma mudança cultural para aceitar estas medidas como reparador das injustiças que sofreram no decorrer da história.

4.3 Discriminação e preconceito contra a mulher

A mulher foi sempre relegada como ser humano de categoria inferior ao homem. Esta imposição, provavelmente impôs-se em razão da disparidade física – dado natural – estendendo-se para o campo político e econômico – dado social.

É neste cinturão de desigualdades que a sociedade se formou e independentemente da estruturação de determinado povo, sempre houve a ascendência do masculino.

No caso brasileiro, cuja formação seguiu a risca o padrão europeu, o patriarcado é modelo presente até os dias de hoje. Mesmo que a atual Constituição Federal e a legislação civil não façam e não permitam qualquer distinção entre homens e mulheres, ainda prevalece uma cultura de dominação, sobretudo nas relações familiares e domésticas.

A discriminação contra a mulher tem várias facetas, no trabalho, na rua, no relacionamento, no âmbito familiar, na educação, na participação política, na vida amorosa, profissional, nas relações sociais, religiosas, etc.

Muitas vezes chega a terminar em violência, sendo vista como não merecedora do lugar que ocupa na sociedade e não são raros os comentários de que a mulher saiu do local onde nunca devia ter saído, do lar, das tarefas domésticas e dos cuidados para com a família.

Trata-se de um longo processo histórico-cultural que colocam as mulheres como submissas e esse controle masculino foi introduzido por várias formas de dominação, com as leis, a cultura, a ciência, a política, a educação, as relações sociais, entre outras.

Vistas como incapazes de exercerem papéis na sociedade fora do âmbito familiar, tiveram por muito tempo a sua liberdade ceifada. Consideradas propriedades dos homens, a princípio dos pais e depois dos maridos, até o mais básico direito de controle sobre o seu próprio corpo foi dirigido.

Inúmeros são os exemplos de atos de submissão a que foram colocadas as mulheres e muitos com consequências violentas, como a escravidão, vendidas e trocadas como se fossem mercadorias, estupradas, vítimas de prostituição, assassinadas, submetidas à mutilação genital, etc. A mulher foi obrigada por muito tempo a restringir sua vida às necessidades exclusivas da família, que em suma atendia os interesses exclusivos do “chefe” – expressão inclusive utilizada na legislação civil brasileira até a vigência do novo Código Civil em 2003 – a figura masculina do marido.

As mulheres foram perseguidas e maltratadas pelo fato de serem mulheres e foram transformadas no maior grupo já discriminado da humanidade. Consideradas “a porta do demônio”, a própria igreja se encarregou de dar sua contribuição nos atos de violências a elas deferidos.

4.3.1 O processo histórico de discriminação contra a mulher

A mulher sempre teve, na história da humanidade, um papel secundário. Na concepção cristã, Deus primeiro fez o homem a sua imagem para depois criar a mulher, que se originou da sua costela com o objetivo de estar ao seu lado¹⁹². É, por isso, seu subproduto.

Não haveria de ser diferente, pois a noção do divino é masculina. Um deus masculino cria o mundo sem nenhuma participação feminina. Deus cria tudo sozinho em sete dias. Na Bíblia em várias passagens há demonstração desta discriminação contra a mulher. No Livro do Gênesis, já é colocada a prova da

¹⁹² BIBLIA. *Gênesis*. 5-23. Bíblia Sagrada. 161ª. São Paulo: Editora Ave Maria, 2005. p. 50.

fidelidade com Deus, pois ao comer a maçã, entregue pela serpente, a mulher é ligada à sedução, traição e torpeza. Por culpa dela (mulher), houve a perda para sempre do paraíso, sendo ambos (homem e mulher) condenados a viver num mundo de pecados.

Mesmo depois do Gênesis, o mundo relatado no velho testamento é dado aos homens e, quando apresentada a figura feminina, o faz de modo não positivo. No novo testamento a imagem feminina é elevada com a figura de Maria, concebida para ser a mãe de Jesus. Nem por isso, entretanto, a figura feminina ganha notoriedade e relevância na história da humanidade, sobretudo quando se trata da participação nas decisões coletivas e rumos do seu grupo social.

Na percepção da Grécia Antiga, a mulher não tinha participação na *polis* e embora se proclamasse um modelo democrático, a mulher não pertencia ao mundo político, quase se assemelhando aos escravos e aos filhos incapazes.¹⁹³ Não era cidadã, e integrava o corpo social pela necessidade natural de procriação.

A verdade é que a mulher sempre foi vista como o sexo frágil e desde os primórdios foi tida como submissa ao homem por ser forte e capaz de protegê-la. A sua sexualidade é controlada desde o nascimento, devendo chegar virgem ao casamento, e se assim não fosse era severamente punida (fatos que na atualidade ainda acontecem). Enquanto o ato sexual masculino é forma de satisfação e prazer, à mulher são vedadas tais sensações porque a relação sexual para si tem os únicos propósitos da procriação e do atendimento à lascívia masculina. Para a primeira tarefa, reserva-se a mulher casta em casa; à segunda, dá-se solução fora de casa, nos bordéis, com as “mulheres de vida fácil”, expressão por certo extremamente pejorativa e discriminatória, como se a venda do próprio corpo fosse uma atividade fácil e digna.

O processo de repressão às mulheres é elemento sistemático e constante nos últimos quatro milênios. Qualquer remota reação era punida drasticamente. Como exemplo, a idéia do apedrejamento de adúlteras e prostitutas descritas no Antigo Testamento, prática ainda vigente em alguns países do Islã. O sexo era elemento essencial à dominação e ao poder, tanto assim que os senhores

¹⁹³ [...] a dominação do homem livre sobre o escravo, do homem sobre a mulher, do homem sobre o menino, são todas naturais, mas diferentes, porque, embora as partes da alma estejam presentes em todos os casos a distribuição é outra. Assim, a faculdade de decisão, na alma, não está completamente presente num escravo; na mulher, é inoperante; numa criança, não-desenvolvida. (ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 2000. p. 54 – coleção Os Pensadores)

feudais reservavam nos primeiros tempos o direito à primeira noite com as servas que casassem, de maneira a espalhar sua prole e de modo reflexo a lealdade dos futuros servos que, teoricamente, poderiam ser seus próprios filhos.¹⁹⁴

Na Idade Média as mulheres foram levadas a fogueira, consideradas bruxas e perigosas, isto pelo simples fato de usarem a prática de ervas medicinais na cura de doenças. Por isso foram consideradas uma ameaça à Igreja. Estima-se que 100 (cem) mil foram queimadas vivas sob o manto da proteção religiosa à “caça as bruxas”. Exemplo disso foi Joana D’Arc, queimada na fogueira em 1431 pela igreja católica sob a pecha de bruxa, foi reconhecida como santa em 1909.¹⁹⁵

Não só a igreja contribuiu com a discriminação e perseguição à mulher como diversos teólogos e filósofos tiveram sua parcela de culpa.

Os preconceitos contra as mulheres, ao longo desse processo histórico, vêm reforçando a idéia e a imagem de submissão feminina. Os teólogos cristãos hostilizavam as mulheres, afirmaram que elas eram “a porta do demônio”. Laménais (1782/1854) caracterizava-as como a “estatua viva da burrice”. Nietzsche (Friedrich, 1844/1900) e Voltaire (François-Marie Arouet, 1694/1778), que se opuseram ao cristianismo, também insultavam as mulheres, com afirmações pseudo-científicas de que elas eram inferiores. Voltaire tentou mostrar a veracidade de sua proposição, dizendo que “o sangue delas é mais aquoso”, como prova de sua inferioridade.

Diderot (1713-1784) chamou a atenção para o cuidado que se deve tomar em relação às mulheres, pois têm aparência de “civilizadas” mas na realidade são “interiormente verdadeiros selvagens”.¹⁹⁶

Em verdade, toda discriminação contra a mulher tem a ver com a formação patriarcal¹⁹⁷ que a sociedade construiu. Desde o princípio a mulher foi concebida apenas em um objeto reprodutor. Podiam ser trocadas como mercadorias e que a sua principal missão na terra era produzir mais crianças que serviriam como força de trabalho dos patriarcas. Vistas como serviçais no âmbito doméstico, não podiam ter a liberdade de traçar o próprio futuro, pois, quando meninas, cabiam aos

¹⁹⁴ *Idem.* p. 54.

¹⁹⁵ UOL Educação. <<http://educacao.uol.com.br/biografias/joana-darc.jhtm>>. Acesso em: 01/09/2009.

¹⁹⁶ TELES, Maria Amélia de Almeida. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2003. p. 32

¹⁹⁷ “Patriarcado significa ‘controle exercido pelo pai’. Patriarcalismo é também compreendido como o arranjo de gênero no qual os homens formam o grupo dominante. Portanto, numa definição mais ampla, *patriarcalismo significa não só a manifestação, mas também a institucionalização do domínio do homem sobre a mulher na vida social*. Isto é o mesmo que dizer que os homens têm o poder em todos os domínios sociais e as mulheres são anuladas desse poder. (Moraes, Márcia. *Ser humana: quando a mulher está em discussão*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 21).

pais escolherem seus futuros maridos, observando os dotes oferecidos. Rompido o jugo e submissão ao pai, via a mulher agora casada subserviente a outro homem, seu esposo.

No segundo milênio antes de Cristo, nas sociedades da Mesopotâmia, as filhas de famílias pobres eram vendidas para o casamento ou para a prostituição, para que os objetivos econômicos da família fossem atingidos. Assim, ao longo da história a mulher é vista como objeto, vendida como noiva, como escrava ou produtora de crianças e também propriedade exclusiva do homem. A escravidão das mulheres das tribos conquistadas nessa época era símbolo de nobreza para os guerreiros. E nas classes mais abastadas, até fins do século XIX, quando uma mulher se casava, suas propriedades passavam para o nome do marido. Não podia ter nada em seu nome e, se trabalhava, era obrigada a dar o salário ao marido – o que ainda ocorre em pleno século XXI.¹⁹⁸

Ceifada da educação, produção intelectual e profissão, a mulher ficou por muitos anos impedida de ascender no conhecimento. Ao contrário, o aprendizado ministrado à pessoa de sexo masculino não podia ser fornecido a de sexo oposto, porque poderia trazer prejuízos futuros, inibindo à mulher a condição de futuras boas esposas e mães. O trabalho fora, por seu turno, impediria que fossem boas donas de casa. Então sua função era exclusiva a de servir ao marido e aos afazeres domésticos.

A luta da mulher para ser respeitada e considerada igual aos homens em direitos e obrigações foi árdua. Nunca lhe foi dado espaços iguais de participação, porque designada à atividade doméstica e a criação dos filhos. A partir de lutas aguerridas femininas ou de mulheres vítimas, algumas conhecidas¹⁹⁹ e muitas anônimas, que desafiaram e sofreram sobre este modelo é que conquistas foram sendo alcançadas.

¹⁹⁸ MORAES, Márcia. *Ser humana: quando a mulher está em discussão*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 22.

¹⁹⁹ Aqui cabe homenagear, dentre tantas, Rosa de Luxemburgo (militante política polonesa e que foi morta pelo regime nazista); Olga Benário Prestes (esposa de Carlos Prestes e que foi entregue por Vargas ao regime nazista); Celina Guimarães Viana (primeira mulher a votar no Brasil, em 1928); Cora Coralina (poetisa goiana); Chiquinha Gonzaga (musicista brasileira do início do século XX); Maria da Penha (vítima de atos sucessivos de violência praticados pelo ex-marido, que resultaram na sua incapacidade de locomoção e que, em razão de sua luta destemida contra estes atos, chegando a levar o caso a Corte Interamericana de Direitos, dado a lentidão do Judiciário brasileiro, tornou-se a símbolo na luta em prol da não violência contra a mulher, a ponto de ter seu nome emprestado à Lei 11.340/2006 que trata do assunto); mulheres que se destacaram como guardiãs da paz, com a premiação do Nobel: Bertha Von Suttner (1905) Jane Addams (1931); Emily Bach (1946); Mairead Corrigan e Betty Williams (1976); Madre Teresa de Calcutá (1979) Alva Myrdal (1982); Aung San Suu Kyi (1991); Rigoberta Menchu (1992); Jody Williams (1997).

No campo das relações de trabalho, as lutas foram e continuam sendo muito incidentes. Aos poucos a mulher foi conquistando novos caminhos e chegando ao mercado de trabalho, isto decorreu em virtude de diversos movimentos no decorrer da história chegando ao cume nas décadas de 60 e 70.²⁰⁰

O patriarcalismo enraizado na sociedade ainda manteve o seu poder, pois ao tempo em que se permitiu que as mulheres assumissem uma ocupação fora do lar, foram-lhes oferecidas as profissões consideradas femininas, tais como, professora primária, enfermeira, secretária, etc. Isto para as mulheres de classes economicamente mais favorecidas, pois as classes mais baixas, as profissões são de babá, faxineira, empregada doméstica, etc. Todavia, mesmo exercendo atividades fora de casa, não desincumbiu, até hoje, de uma dupla jornada, porque ainda mantêm seus afazeres domésticos.

Se isso não bastasse, preserva-se uma das maiores discriminações existentes na atualidade contra as mulheres que é a diferença salarial. Por mais que ocupe os mesmos cargos que os homens e possua igual qualificação profissional, sua remuneração é estatisticamente inferior.

Segundo estatísticas oficiais e atuais, apesar da existência de legislação proibindo discriminação salarial na maioria dos países do mundo, o *sexismo institucional* é gigantesco. Por exemplo, na França e na Austrália as mulheres recebem entre 75% e 92% dos salários dos homens nas mesmas ocupações profissionais. Em alguns países, incluindo Coréia, Japão e Brasil, a diferença é maior e se situa entre 30% e 40% do que os homens recebem (BULLOCK, 1994). As mulheres atuam, predominantemente, em trabalhos que têm pagamento inferior e em vários empregos não usufruem de estrutura de carreira. Além disso, 75% das mulheres de todo o mundo trabalham em zonas rurais e a maioria delas sobrevive da agricultura e trabalhos afins.²⁰¹

Outro ponto a destacar é da violência²⁰² que sempre esteve presente na vida das mulheres e em pleno século XXI ainda é uma realidade cruel, e mais

²⁰⁰ Pode-se destacar como início dos movimentos de lutas para a liberdade das mulheres dois eventos dramáticos ocorridos nos Estados Unidos. O primeiro em 1857, uma greve de costureiras das indústrias têxteis com o fim de igualar seus salários aos dos homens, não tiveram o apoio do sindicato. O segundo, em 1911, onde 147 (cento e quarenta e sete) mulheres morreram carbonizadas, trancadas dentro da fábrica. (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 60).

²⁰¹ Moraes, Márcia. *Ser humana: quando a mulher está em discussão*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 33.

²⁰² A expressão “violência contra a mulher” é concebida como aquela “praticada contra pessoa do sexo feminino, apenas e simplesmente pela sua condição de mulher. Essa expressão significa a intimidação da mulher pelo homem, que desempenha o papel de seu agressor, seu dominador e seu

chocante é que ela está presente principalmente dentro dos lares, a violência doméstica. Através dela observa-se que mesmo com todas as conquistas de serem consideradas iguais aos homens e assim poderem participar ativamente na sociedade a discriminação e o preconceito contra a mulher ainda esta muito longe de chegar ao fim.

Os dados são alarmantes, e é um problema mundial, tanto nos países desenvolvidos como nos subdesenvolvidos uma parcela da população feminina já sofreu agressão física, psicológica e sexual. Como podemos visualizar:

Tabela 1 – Violência física por parceiro íntimo, na vida, em diferentes países do mundo.

Ano	País	Amostra	Idade em anos	Violência física na vida
1986	Países Baixos ¹	989	20-60	21%
1993	Canadá ²	12300	>= 18	29%
1995/96	Estados Unidos ¹	8000	>= 18	22%
1995/96	Egito ²	7121	15-49	34%
1998	Nicarágua ²	8507	15-49	28%

1. Entrevista com todas as mulheres.

2. Entrevista com mulheres que tiveram companheiros pelo menos uma vez na vida.

Fonte: Heise, Elisberg & Gottemoeller (1999)²⁰³

Tabela 2 – Violência física e violência sexual por parceiro íntimo, na vida, em diferentes cidades do mundo.

Ano	País-cidade	Amostra	Idade em anos	Violência física na vida	Violência sexual na vida
1991/02	Canadá-	420	18-64	27%	15,2%

disciplinador. (Teles, Maria Amélia de Almeida. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2003. p. 19).

²⁰³ SCHRAIBER, Lilia Blima. D'OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas. *Violência dói e não é direito: violência contra a mulher, a saúde e os direitos humanos*. São Paulo: Editora UNESP. 2005. p. 43.

	Toronto ¹				
1995	Nicarágua- Leon ²	360	15-49	52%	21,7%
1993	Reino Unido- Norte de Londres ¹	430	>=16	30%	23%
2000/01	Brasil – São Paulo ²	940	15-49	27,2%	10,1%
2000/01	Brasil – Zona da Mata ²	1188	15-49	33,7%	14,3%

3. Entrevista com todas as mulheres.

4. Entrevista com mulheres que tiveram companheiros pelo menos uma vez na vida.

Fonte: Heise, Elisberg & Gottemoeller (1999) e, para o Brasil, Schraiber et al. (2002)²⁰⁴

Percebe-se que mesmo com toda a luta emancipatória da mulher pelos movimentos feministas, ainda há muita discriminação e muita violência é cometida em decorrência do patriarcalismo ainda vigente.

Além de políticas públicas necessárias para inclusão de mulheres há a necessidade de uma nova cultura e de novos conceitos para fazer valer o princípio da dignidade da pessoa humana a esse grupo que é considerado o mais discriminado da história.

Através das pesquisas e estatísticas realizadas nos últimos anos percebe-se claramente que a discriminação contra a mulher continua nos dias atuais e esta longe de acabar, principalmente quando se trata do trabalho, pois mesmo que seja mais qualificada e ocupando o mesmo cargo que um homem continua recebendo um salário menor. Isso é bem retratado por Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

Nesse aspecto, sou testemunha de um caso que nos chocou profundamente. Na oportunidade, um Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais, componente de banca examinadora de concurso de ingresso para a carreira na Promotoria de Justiça, afirmava ser inconcebível permitir a aprovação de candidata, mãe de dois filhos e desquitada, vez que sua figura “poderia macular a Instituição, dando mau exemplo nas Comarcas em que viesse a trabalhar”.

²⁰⁴ *Idem.* p. 43.

Fatos como este não são mais alardeados em público. Mas, certamente, a discriminação de fato pelo sexismo inconsciente é a única explicação plausível para o fato de que em média as mulheres venham a perceber 25% (vinte e cinco por cento) a menos do que homens que exercem a mesma atividade.

Dados do censo de 1995, feito pelo IBGE, relatam que no Brasil quase 5 (cinco) milhões de mulheres executam trabalho doméstico, no qual se incluem as funções de ama, ama de leite, arrumadeira, babá, camareira, copeira, cozinheira, criada, dama de companhia, doméstica e governanta. Representam, aproximadamente, 86% (oitenta e seis por cento) da força de trabalho que se dedica a tais funções, uma vez que os homens se limitam nestas hipóteses às funções de jardineiro, caseiro, motorista e mordomo.²⁰⁵

Outro absurdo é o fato do IBGE não incluir a dona de casa, as consideradas “do lar”, como parte integrante da população economicamente ativa, e sofrendo ainda o desprezo da sociedade, realçando uma condição de inferioridade estereotipada. Fatos como estes demonstram que a discriminação contra a mulher é uma realidade existente na sociedade atual.

4.3.2 Instrumentos políticos e jurídicos de Ações Afirmativas em favor da mulher

As conquistas das mulheres contra a discriminação ocorrem quase que exclusivamente por seu próprio esforço. Nas décadas de 60 e 70 elas foram às ruas manifestar contras as discriminações a que eram submetidas. A este movimento deu-se o nome de “feminismo” que não deixou de sofrer repreensões sociais, posto que representou uma atitude de extrema independência das mulheres, tidas então como “modernas”, principalmente porque propunha a ruptura a moral sexual machista e patriarcal.

Não muito distante, a mulher não participava de modo algum da vida política brasileira.²⁰⁶ Ainda assim, o voto consistiu num dos primeiros direitos

²⁰⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 46.

²⁰⁶ **O voto feminino no Brasil.** *A primeira experiência de sufrágio feminino foi no Centro Acadêmico XI de Agosto, da Faculdade de Direito da USP. Desde 1905, as mulheres podiam votar e ser votadas para o órgão, embora a primeira Presidente da entidade tenha sido eleita somente em 1998. No plano nacional, o Presidente Getúlio Vargas, resolve simplificar e todas as restrições às mulheres são suprimidas. Através do Decreto. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, é instituído o Código Eleitoral Brasileiro, e o artigo 2 disciplinava que era eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma do código. É de ressaltar que as disposições transitórias, no artigo 121, dispunham que os homens com mais de 60 anos e as mulheres em qualquer idade podiam isentar-se de qualquer obrigação ou serviço de natureza eleitoral. Logo, não havia obrigatoriedade do voto feminino.* (http://pt.wikipedia.org/wiki/Sufr%C3%A1gio_feminino. Acessado em: 01.09.2009).

reconhecidos, só foi garantido as mulheres em 1932. Mesmo assim, aquelas que se apresentaram como eleitoras sofreram grandes discriminações quando foram fazer o cadastro eleitoral. Somente com a Constituição de 1934, já na Era Vargas, é que definitivamente foi garantido o exercício ao voto, além de outros direitos políticos e de cidadania iguais aos homens, incluindo a ocupação a cargos governamentais. Porém, com o estabelecimento do Estado Novo por Getúlio Vargas, em 1937, houve significativo retrocesso, com o cancelamento da participação feminina na política eleitoral, cuja proibição perdurou até 1945, com o término deste período ditatorial na vida política brasileira.²⁰⁷

Pode-se dizer que, mesmo sendo tardio o reconhecimento do direito ao voto as mulheres, ainda assim o Brasil foi o quarto país das Américas a reconhecê-lo, sendo o Canadá, Estados Unidos e Equador os primeiros.

Entretanto, em pleno século XXI, o espaço político destinado à mulher ainda é reduzidíssimo.²⁰⁸ Apesar desta constatação, graças a implementação da ação afirmativa, com a Lei 9.100/1995, destinando percentual – ainda não igualitária – de vagas dos partidos políticos à mulher (medida necessária, porque estas instituições eram praticamente um clube masculino), é que se viu crescer a participação feminina nas eleições proporcionais, fato não ocorrente nas eleições majoritárias.²⁰⁹

²⁰⁷ MORAES, Márcia. *Ser humana: quando a mulher está em discussão*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 37.

²⁰⁸ *Nas eleições de 2002, foram eleitas 42 mulheres deputadas federais, em todo o país (8,2% das 513 cadeiras). Isso significou um crescimento de 45% em relação às eleições de 1998, quando foram eleitas 29 deputadas (5,6% do total). Das 42 deputadas eleitas, 25 (59,5%) serão parlamentares de 1o mandato.* (<http://www.cfemea.org.br/jornalfemea/detalhes.asp?IDJornalFemea=974>. Acessado em: 01.09.2009).

²⁰⁹ [...] Vale lembrar que as ações afirmativas vêm sendo implementadas no campo da política e que incidem diretamente sobre as eleições proporcionais, isto é, aos cargos do legislativo. Resultado de iniciativas de diversos segmentos da sociedade - especialmente da Bancada Feminina do Congresso Nacional, do movimento de mulheres e de organizações não governamentais -, a Lei Federal 9.100, de 29 de setembro de 1995, no Artigo 11, parágrafo 3o estabelece que: "vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres". Já a Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997, no artigo 80, define que "Nas eleições a serem realizadas no ano de 1998, cada partido ou coligação deverá reservar para candidatos de cada sexo, no mínimo, vinte e cinco por cento e, no máximo, setenta e cinco por cento do número de candidaturas que puder registrar". Na mesma lei, o artigo 10, parágrafo 3o prevê que "Do número de vagas resultantes das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo".

As disputas eleitorais envolvem uma vasta rede de articulações e de mediações que podem ganhar maior ou menor especificidades em se tratando do âmbito dessas disputas, isto é, se em nível

Na área dos direitos sociais, ao promover a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), em 1940, o mesmo governo Vargas que havia suprido os direitos políticos das mulheres, reconheceu os primeiros direitos das trabalhadoras brasileiras. Este fato foi relevante, mesmo que, em princípio, tais direitos tenham sido vistos como empecilhos para a mulher integrar o mercado de trabalho, sobretudo porque ainda viceja o ranço culturalmente arraigado de que o papel da mulher era de dona do lar, não tendo por isso capacidade para atividades fora do âmbito doméstico. Sem dúvida, apesar dos direitos previstos em lei, muito pouco progrediu contra a discriminação.

Com seu esforço e com a mudança cultural da sociedade, dada a suas teimosias e insistências, as mulheres foram ganhando espaço no mercado de trabalho. A necessidade de ajudar o companheiro com as despesas domésticas e o crescimento das famílias monoparentais foram fatores decisivos para o reconhecimento de sua capacidade de gestão nos negócios e ocupação de cargos e profissões fora daqueles considerados tipicamente femininos (enfermeiras, professoras, babás, acompanhantes etc).

Em relação à igualdade de direitos civis, somente em 1962, com a edição do Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121, é que foram revogadas algumas das muitas disposições discriminatórias contidas na legislação civil brasileira. Estas modificações ocorreram de modo ainda tênue, bastando observar que foi mantida na redação do art. 233 do Código Civil (1916), a determinação de que o *marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com colaboração da mulher*. Passou-se, no plano legal, de uma imposição total da vontade do marido nos destinos familiares para uma vontade “partilhada”.

Decorrido mais de uma década deste primeiro passo, em 1977 foi instituída a Lei 6.515, denominada Lei de Divórcio, ampliando um pouco mais a

federal, estadual ou municipal ou se para o executivo ou para o legislativo. Para além dessas especificidades, também observa-se que as mulheres encontram-se excluídas da política, sobretudo quando volta-se a atenção para às eleições majoritárias, isto é, ao cargo de chefe do poder executivo. Até hoje, apenas uma mulher foi eleita governadora, e as Prefeitas representam apenas 6% do total dos Prefeitos - um percentual baixo, porém previsível se consideramos que, hoje, do total de vereadores, de Deputados Estaduais e de Deputados Federais, cerca 12% são de vereadoras, 10% são Deputadas Estaduais e 6% são Deputadas Federais. (<http://www.universia.com.br/materia/materia.jsp?id=9813>. Acessado em: 01.09.2009).

igualdade de direitos, sobretudo no que tange a guarda dos filhos menores, alimentos e partilha de bens.

A década de 60 (final) e 70 embora tenha marcado o movimento feminista, coincidiu com o período de ditadura militar, onde houve séria castração de direitos fundamentais. Por consequência, as mulheres foram também vitimadas pelo regime de exceção, não podendo ver avançar suas conquistas.

Com a Constituição de 1988, artigo 5º, I, houve o reconhecimento da igualdade em direitos e obrigações entre mulheres e homens. O texto constitucional, evidentemente, deixou de recepcionar toda a legislação precedente e que dispunha de modo diverso, estabelecendo distinção de direitos entre sexos.

Com isso surgiu a necessidade de edição de novas leis, que viessem equalizar as desigualdades existentes. A primeira que se pode destacar, e aqui já mencionada, é a Lei 9.504/1997, que estabelece as normas gerais para as eleições. No seu artigo 107, § 3º, prescreve que deverá ser reservado pelo partido ou coligação, o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo 70% (setenta por cento) para a candidatura de cada sexo. Esta iniciativa visa a melhorar a participação da mulher no cenário político do país. Porém, na prática, vê-se que poucas vagas parlamentares são ocupadas pelo sexo feminino.

Na opinião de Veruci, esse sistema de quotas muito pouco conseguiu reverter a quase inexistência de parlamentares femininas que, até a atualidade, em regra não passam de 10% (dez por cento) do total de cadeiras. Tem sido comum a prática da direção dos partidos políticos brasileiros de escolher candidatas mulheres exclusivamente para preencher esse percentual. Nenhum trabalho de aprimoramento ou até mesmo de esclarecimento às mulheres tem sido colocado em funcionamento pelos nossos partidos políticos.²¹⁰

Seguindo a ordem internacional, o Brasil passou a ser signatário de diversos documentos que resguardam direitos à mulher, cabendo mencionar a Convenção de Belém do Para. O que importa destacar, quanto a este instrumento supranacional, é que contribuiu decisivamente para mudança da legislação interna, porque serviu de norte para edição da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006).²¹¹

²¹⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 167.

²¹¹ Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher – “Convenção de Belém do Pará” - Adotada em Belém do Pará, em 9 de Junho de 1994.

Na verdade mesmo tendo sediado o encontro internacional e sendo o primeiro signatário da Convenção de Belém do Pará o Brasil negligenciou quanto a edição de instrumento próprio para coibir a violência contra a mulher. A propósito, o mandamento para formulação de políticas públicas neste sentido já se achava presente no art. 226, § 8º, da Constituição Federal, que impõe ao Estado o dever de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares. Não limita o texto constitucional à pessoa da mulher. Todavia, em razão dos fatores históricos analisados, é sim a mulher a grande vítima da violência, sobretudo no ambiente familiar.

Os objetivos da Lei 11.340/2006 é justo atender a estas invocações, e foi criada, depois de muita pressão, inclusive internacional, com o caso Maria da Penha, como instrumento adequado para repressão de toda forma de violência contra a mulher, seja física, moral, patrimonial, sexual ou psicológica. Para tanto cria novos institutos jurídicos, como a imposição de medidas de proteção, restringindo o contato e mesmo aproximação do ofensor da vítima, e atribui competência a um único juízo para conhecer de todas estas matérias, como forma de dar eficácia à legislação.

Como toda legislação feita no afogadilho e no clamor público, incorre em alguns excessos e equívocos, como é o caso do seu art. 17, que trata de matéria bem estruturada no Código Penal (art. 44) e que, com esta redação acabou por trazer confusões interpretativas. Porém, no seu conjunto traz questões positivas, vindo ao encontro do objetivo de adoção de ações afirmativas em atendimento de grupo reconhecidamente discriminado, em razão de fatores históricos, culturais, sociais e econômicos.

Recentemente, foi sancionada a Lei 11.770, datada de 09 de setembro de 2008, ampliando a licença maternidade para 180 dias, que ainda assim dependerá de autorização do empregador, seja público ou privado. Com isso, renova a situação de desigualação em relação aos homens, tendo em conta o fator natural da gestação, procriação e, principalmente, de amamentação da criança.

Por fim, quanto às ações afirmativas para inclusão social das mulheres, pouco ou quase nada pode ser destacado. Atualmente o Governo Federal, com o Projeto Minha Casa, Minha Vida, coloca como prioridade na distribuição de casas

populares a mulheres mães de família, diante da percepção de que a estrutura familiar atual, sobretudo nos lares de menor renda, assenta-se na figura da mulher.

4.4 A realidade brasileira

Todos os esforços até aqui despendidos para a superação das desigualdades e preconceitos em relação a determinados grupos da sociedade brasileira, não foram suficientes para superação das condutas e ações discriminatórias. Para confirmar esta assertiva, basta constatar que nossa população é composta na sua maioria por mulheres e por grande percentagem de negros, porém, a ascensão nos espaços sociais, econômicos e políticos é, quase unanimemente preenchido por homens brancos. Aliás, a título de exemplo, dá para contar nos dedos das mãos o número de negros e mulheres ocupantes de mandatos eletivos nos cargos no executivo, bem como integrantes do judiciário, nos Tribunais Superiores, sendo também completamente desproporcional o número de parlamentares femininas no Congresso Nacional.²¹²

A desvantagem no mercado de trabalho das mulheres, bem como a exclusão social dos negros, tem sido confirmada em estudos feitos por diversas áreas do conhecimento. Indicadores socioeconômicos elaborados por instituições de pesquisa (Ipea – Instituto de Pesquisas Econômicas e Aplicadas, IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ONU – Organização as Nações Unidas etc.)

²¹² Das 27 Unidades Federadas no Brasil, somente 4 são governadas por mulheres: Yeda Crusius no RG, Ana Júlia Carepa no PA, Wilma de Faria no RN, e Rosena Sarney no MA, sendo que está última só assumiu o governo neste ano em razão da cassação do governador eleito na último pleito, Jaques Lago.

No Judiciário não é diferente. Do total de 93 ministros que integram atualmente o Supremo Tribunal Federal e os 4 Tribunais Superiores no Brasil – 11 STF (Supremo Tribunal Federal), 33 STJ (Superior Tribunal de Justiça), 27 TST (Tribunal Superior do Trabalho), 7 TSE (Tribunal Superior Eleitoral), 15 STM (Superior Tribunal Militar) – apenas 13 são mulheres, ou seja, menos de 14%.

No Senado Federal, do total de 81 integrantes, somente 9 são mulheres, 11,11%. Na Câmara Federal, com 513 Deputados, 44 são mulheres, o que corresponde a 8,57%.

Em relação a negros não foram conseguidos dados. Todavia os números são ainda inferiores, bastando anotar que somente a 6 anos foi escolhido para o Supremo Tribunal Federal o ministro Joaquim Barbosa, único negro a integrá-lo ultimamente, sendo o terceiro negro em toda história deste Tribunal, de mais de 2 séculos.

demonstram as verdadeiras segregações que estes grupos sofrem na sociedade brasileira.

As estatísticas demonstram que as desigualdades entre negros e brancos, mulheres e homens são persistentes e assustadoras. Mesmo no Brasil, em pleno crescimento econômico e de modernização, estas exclusões acompanham o desenvolvimento histórico, sendo ranços que não despregam.

Os indicadores oficiais apontam as diferenças entres brancos, negros e mulheres, nos diversos campos da sociedade, como revela o estudo do Ipea – Instituto de Pesquisas Econômicas e Aplicadas, publicado em 2008, com o título “*Retrato das desigualdade de gênero e raça*”, a partir de dados apurados em 2006, como se segue.²¹³

- Os negros representam a 49,5% da população brasileira, mas correspondem a 33,2% da população pobre e 11,8% da população em extrema pobreza. Os brancos, por sua vez, são 49,7% da população total, mas somente 14,5% dos pobres e 4,5% dos extremamente pobres;²¹⁴
- Os negros são maioria na zona rural, correspondendo a 61% do total;
- Os indicadores do IBGE demonstram que a expectativa de vida da população aumentou, porém é influenciada pelo pertencimento a um grupo de cor/raça e ao sexo, onde as mulheres vivem mais que os negros e que em 2006 9,3% das mulheres negras tinham 60 anos ou mais de idade, entre as brancas essa proporção salta para 12,5%;²¹⁵

²¹³ BRASIL. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. *Retratos da Desigualdade de Gênero e Raça*. Estudo realizado em parcerias pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, IPEA – Instituto de Pesquisa Aplicada, e UNIFEM – Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher. Brasília, 2008. In: www.ipea.gov.br/site/000/2/destaque/Pesquisa_Retrato_das_Desigualdades.pdf. Pesquisa em 20/10/2009.

²¹⁴ Os indicadores de renda e riqueza confirmam que nascer negro no Brasil implica maior probabilidade de crescer pobre ou miserável.

²¹⁵ Esta diferença da expectativa de vida pode ser resultante de uma maior vitimização das mulheres negras em decorrência do sexismo e do racismo (duplo preconceito).

- No grupo masculino os negros com 60 anos ou mais representavam em 2006 7,8% da população, entre os brancos foi de 10,6%;²¹⁶
- Quanto ao aspecto de acesso a educação percebe-se nitidamente que os negros apresentam médias de anos de estudos inferiores e taxas de analfabetismo superiores aos brancos. Em 2006, no ensino fundamental, a taxa de escolarização da população branca era de 95,7%, entre os negros era de 94,2%. Já no ensino médio, essas taxas eram respectivamente de 58,4% para 37,4%;²¹⁷
- As mulheres apresentam nos indicadores educacionais, melhores condições do que o grupo masculino. Porém esta vantagem vivenciada pelas mulheres no campo educacional não reflete em maior ocupação no mercado de trabalho, em postos de trabalhos mais qualificados e em maiores salários, que ainda são inferiores aos dos homens;
- No quesito da atuação profissional, homens, mulheres, brancos e negros apresentam características bem distintas na entrada no mercado de trabalho, nos postos ocupados, nos rendimentos auferidos, nas áreas de atuação, etc.
- A entrada no mercado de trabalho ocorre mais cedo para os negros, sendo que eles deixam a ocupação profissional também mais tarde. Onde a taxa de ocupados na faixa etária de 10 a 15 anos são de 15,0% negros e de 11,6% brancos;
- Na faixa de 60 anos ou mais de ocupados, 34,7% são de negros, para 29,3% de brancos;

²¹⁶ Esta diferença de expectativa de vida entre brancos e negros representa uma das mais perversas facetas da desigualdade racial existente em nosso país, pois as únicas justificativas seriam as piores condições de vida que negros e negras são submetidos.

²¹⁷ O acesso ao ensino médio ainda é restrito no Brasil, porém mais limitado para a população negra, que, por se encontrar nos estratos de menor renda, é pressionada a abandonar os estudos e ingressar no mercado de trabalho.

- As dificuldades do acesso ao mercado de trabalho é maior entre as mulheres, onde as jovens de 16 a 17 anos representam 68,9% comparados a 81,7% dos jovens do sexo masculino;
- Entre as mulheres e os negros há os maiores níveis de desemprego, sendo de 11,0% e 7,1%, respectivamente, comparados a 6,4% entre homens e 5,7 entre brancos;
- Quanto ao trabalho infantil os meninos negros representam 10,6% para 7,6% dos meninos brancos. Crianças negras que trabalham são 8,1% da população total para 6,1% das crianças brancas;
- Quanto à população ocupada com trabalho doméstico tem-se 21,2% ocupados por mulheres negras e 12,6 por mulheres brancas, Enquanto, 66,9% são meninas negras de 10 a 17 anos para 32,7% por meninas brancas na mesma faixa etária. Quanto as domésticas com carteira assinada 23,9% são brancas e 30,2% negras;
- No que se refere aos indicadores de habitação e saneamento, mais uma vez se verifica a desigualdade, nos domicílios chefiados por negros encontram-se sempre em piores condições;
- Em relação a renda média, os homens, em 2006, percebiam R\$ 855,56 e as mulheres R\$ 577,01. Entre homens brancos e negros salta-se a desigualdade, onde respectivamente são R\$ 1.181,09 e R\$ 583,25 e, entre as mulheres brancas e negras, R\$ 742,05 e 383,39. Entre brancos e negros, R\$ 986,49 e R\$ 501,97.²¹⁸

Os dados do PNAD – Programa Nacional por Amostra de Domicílios – coletados pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – revelam as desproporções salariais em razão de sexo e cor. Homens ganham mais que mulheres, pelas mesmas tarefas; homens e mulheres brancos, recebem mais, respectivamente, que homens e mulheres negras. A mulher negra, então, encontram-se no fim desta escala salarial.

²¹⁸ Os dados evidenciam a dupla discriminação das mulheres negras no mercado de trabalho, enquanto as mulheres brancas ganham em média 63% do que ganham homens brancos, as mulheres negras ganham 66% dos homens do mesmo grupo racial e apenas 32% do rendimento médio de homens brancos.

TABELA 1

Rendimento/hora do trabalho principal e horas trabalhadas segundo sexo e raça – 2007

Grupo	Rendimento/hora	Horas trabalhadas
Homens brancos	8,05	44,3
Homens negros	4,37	43,4
Mulheres brancas	6,42	37,7
Mulheres negras	3,92	36,8
Homens	6,23	43,9
Mulheres	5,29	3,73
Branco	7,36	41,5
Negro	4,20	40,9

Fonte: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios/Instituto Brasileira de Geografia e Estatística (Pnad/IBGE).

Obs.: 1. Pessoas ocupadas com rendimentos.

2. Reais de setembro de 2007.

219

Diante dos números e estatísticas apresentados, é nítida a constatação de desigualdades em relação a raça e gênero. As condições socioeconômicas e culturais destes grupos estão em desvantagens em relação aos demais grupos da sociedade. Os programas até agora implantados ainda não foram suficientes para promover o equilíbrio necessário, considerando as situações reais de desigualação e que, por isso, merecem tratamento diferenciado.

É com fundamento no princípio da igualdade que se possibilita instituir políticas discriminatórias, desde que justificadas. O aporte jurídico está no texto constitucional, como preceitua o artigo 3º, quando exige a criação de mecanismos de ação para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante da sociedade. As ações afirmativas surtem com este propósito, como um instrumento da promoção da igualdade efetiva, representando uma forma jurídica constitucional de se superar a diminuição social a que se acham determinados grupos.

²¹⁹ VAZ, Fábio Monteiro. *As diferenças de rendimentos por sexo e raça segundo o PNAD de 2007*. IPEA; Mercado de Trabalho. 37. 2008. In: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/boletim_mercado_de_trabalho/mt37/mt37a/08_Diferenciais_de_rendimento.pdf>. Pesquisa em 20/10/2009.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo desenvolvido neste trabalho de dissertação teve como propósito trazer à discussão o tema das ações afirmativas, destacando sua incidência no caso específico de políticas antidiscriminatórias e de inclusão social em relação ao negro e à mulher.

Não se poderia tratar do assunto sem antes discorrer sobre o princípio da igualdade. A par deste princípio, debateu-se, primeiramente, sua concepção que, na atualidade, não pode restringir-se à interpretação dada pelo movimento revolucionário francês, de igualdade perante a lei, posto tratar-se de abordagem sobre o prisma meramente formal. De nada vale a ideia de igualdade *perante a lei*, ou de uma lei igual a todos, se é a diversidade que nos enriquece e valoriza. O princípio da igualdade, porquanto, transcende a esta limitação do texto de lei, para inserir-se no plano material, cabendo ao poder público e a todos os indivíduos o dever de implantá-lo concretamente.

Assim é que, na sociedade de desiguais em que vivemos, o direito à diferença deve ser respeitado e valorizado como própria extensão do princípio da igualdade e elemento essencial para sua compreensão. Não se quer com isso, sob pena inclusive de ofensa ao princípio que se busca enlevar, eliminar oportunidades ou propiciar desequilíbrio nas relações humanas. Ao contrário, não se pode interferir ou impor quaisquer formas de restrições às liberdades de escolhas e opções, ao tempo em que devem ser ofertadas iguais condições de competitividade e oportunidades de inclusão social.

Para além das situações criadas socialmente, seja em decorrência de fatores históricos, políticos, econômicos, reveladoras de extremo preconceito e discriminação, existem determinadas distinções entre os indivíduos de ordem natural e por isso intransponíveis. É o caso, por exemplo, das diferenças entre os sexos e que trazem condições completamente distintas, seja em virtude dos aspectos fisiológicos e das posições assumidas, como o caso da maternidade entregue à mulher. Todavia, mesmo consideradas estas distinções naturais, de modo algum podem ser limitadoras da participação social e política de qualquer indivíduo e de

oportunidades de acesso e inclusão, não podendo jamais serem fatores de rejeição ou discriminação, porque todos são dotados de dignidade humana, atributo que nos tornam iguais e detentores dos mesmos direitos.

Não obstante a obviedade desta análise, e apesar de participarmos de uma sociedade pós-moderna, em pleno século XXI, com todas as facilidades, avanços tecnológicos e acesso a informações, nós ainda cultivamos preconceitos e discriminações. Vivemos a ilusão de uma sociedade aversa a isso, sob o falso argumento de que todos somos frutos da miscigenação. A rigor, mantemos nossos preconceitos mascarados, na piadinha, no comentário maldoso, na rejeição disfarçada, na falta de reais oportunidades.

O pluralismo político e o multiculturalismo são atributos imprescindíveis à concepção da igualdade na lei. Para tanto, somente tratando os desiguais desigualmente é que se pode garantir isonomia, o que se espera num Estado republicano e democrático de direitos como o nosso.

Por mais que documentos internacionais e internos reafirmem a ideia de igualdade com a necessidade de equiparação de direitos e oportunidades, ainda mantém-se, no plano político e social, uma cultura perniciosa da igualdade meramente formal. Não se pode imaginar tratamento isonômico quando as condições postas, historicamente, não propiciaram este equilíbrio de forças. Assim, e já reafirmando, somente considerando os fatores de desigualdades, dando tratamento desigual aos desiguais, é que se pode assegurar verdadeiramente o princípio da igualdade, que se efetiva *na lei*.

É dá necessidade, portanto, de se garantir a efetiva igualdade que surgem os instrumentos políticos e jurídicos das ações afirmativas, os quais tem amparo em diversos documentos internacionais sobre direitos humanos, assim como, no direito interno, está garantido pelo texto constitucional, dependendo, por vezes, de edição de normas infraconstitucionais para suas aplicações.

A falta de percepção quanto a extensão do princípio da igualdade, ou, pior, o ranço conservador da sociedade brasileira, aliada a inoperância do poder público, sobretudo no comodismo das esferas legislativas e executivas e na leitura desatualizada do judiciário, tem favorecido em muito a preservação de situações de

desequilíbrios sociais, com notória discriminação a determinados grupos minoritários que foram historicamente segregados.

Enaltecemos princípios jurídicos e invocamos sentidos até altruísta para referenciar os direitos humanos que foram bastante difundidos no texto constitucional de 1988. Conquanto, na prática, ainda nos atemos ao direito infraconstitucional, muita das vezes editado antes da atual Constituição, ou mesmo que posterior, por uma formação legislativa com baixíssima representação dos grupos minoritários, daí porque são regulações verdadeiramente contrários aquela ordem de valores e princípios.

O equilíbrio de oportunidades, inclusive de acesso aos postos de comando político, dá-se pelo instrumento das ações afirmativas. A própria resistência ao tema tem a ver com a tímida participação dos grupos minoritários, justo por faltar-lhes oportunidades, o que só vem reafirmar a necessidade de suas implantações.

Cabe ressaltar que o tema das ações afirmativas não é assunto novo na esfera política e jurídica. A rigor tem sua origem na própria construção do princípio da igualdade, remontando portanto ao período da Idade Média quando, sobre a influência do pensamento político-filosófico de Aristóteles. Na época as relações sociais eram estabelecidas em função do nascimento, imperando uma ausência de preocupação com o ente humano, possuindo privilégios e regalias aqueles que pertenciam ao clero e nobreza.

Este reconhecimento, todavia, ficou no campo jus-filosófico e só com a Magna Carta de 1215 veio a tratar formalmente em um documento político o tema. A partir deste momento, diversos outros documentos históricos consideraram o direito de igualdade.

Contudo, essa igualdade meramente formal expressa nestes documentos, não foi suficiente para igualar a grande massa humana desapossada dos privilégios anteriormente existentes da nobreza e do clero. Serviu apenas para acabar com tais regalias de nascimento e títulos nobres. Ao contrário, jogou-os, durante o século XX, em condições sociais desumanas nunca antes vistas na história.

Sob os modelos autoritários do século passado, do nazismo, facismo e o socialismo de Stalin, ocorreram as maiores atrocidades de cunho humanitário já

cometidas na história, em desrespeito a todos os direitos humanos até então conquistados. Com a Segunda Guerra Mundial surgiu uma nova discussão quanto ao reconhecimento de se adotar uma nova postura quanto aos direitos reconhecidos e violados pelos Estados.

Ao término da grande guerra o valor supremo a ser compreendido e defendido pelos povos é o da dignidade da pessoa humana. A partir deste marco cria-se a ideia da necessidade de se possibilitar as mínimas condições a todos os indivíduos do planeta para o acesso as oportunidades para a realização plenitude como ser humano.

Surge uma nova concepção do princípio da igualdade, deixa de ter um conteúdo formal, apenas expresso nos textos, caminhando para uma visão de ativismo e participação do Estado na construção de uma sociedade mais justa e plural.

Nesse contexto, a nova concepção da igualdade inserida nos textos constitucionais de vários Estados, é a de buscar a igualdade substancial, renunciando à neutralidade e passando para uma postura de promotor de políticas e ações que visem a superar as mazelas sociais.

Não é suficiente para tornar acessível a quem é socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozam os indivíduos socialmente privilegiados. Há a necessidade de distribuições desiguais para colocar os primeiros ao mesmo nível de partida; são necessários privilégios jurídicos e benefícios materiais para os economicamente não privilegiados.²²⁰

Com isso, a discussão de procedimentos que viabilizam a inclusão social começam a fazer parte do cotidiano de vários estudiosos, juristas, legisladores, etc. Uma das primeiras indagações que surge é o legitimidade de desigualar determinados grupos com o fim de propiciar a igualdade material?

O que se observou foi a possibilidade de assim proceder. A regra é que todos sejam tratados igualmente, *perante a lei e por meio da lei*. Para isso, determinadas situações devem ser tratadas desigualmente, diante do desequilíbrio existente.

O modelo do liberalismo proposto pela Revolução Francesa foi superado, com a compreensão dos Estados europeus e dos Estados Unidos da América de

²²⁰ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, p. 32.

uma maior intervenção estatal, a fim de superação de situações de desequilíbrios e discriminações. Trata-se do Estado-Social, intervencionista e previdente, ante a percepção de carências históricas, sociais, culturais, econômicas e que atingem determinados grupos fragilizados.

Os Estados Unidos da América foram pioneiro com a implementação das ações afirmativas. A Suprema Corte Americana foi decisiva nesta nova interpretação do princípio da igualdade. Com o fim de acabar com a segregação racial, na década de 60, enfrentou os problemas da sua sociedade e os discutiu abertamente, criando soluções inovadoras para acabar com tais discriminações. A partir daquele momento, o poder público acompanhando esta visão inovadora e reconhecendo as ações afirmativas como um instrumento de inclusão social, passou a adotar medidas públicas com o objetivo de ampliar a igualdade de oportunidade na educação e no mercado de trabalho.

No Brasil, ainda há discussão em torno do tema centralizado em sua constitucionalidade ou não. Contudo, com a Constituição Federal de 1988, “Constituição Cidadã”, não têm mais razões para rejeição de qualquer política pública inclusiva, por intermédio das ações afirmativas. O texto constitucional traz como eixo central o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), e tem objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização reduzindo as desigualdades sociais e a promoção do bem de todos (art. 3º), prevalecendo os direitos humanos e o repúdio ao racismo (art. 5º).

Construir, erradicar, reduzir e promover são verbos e denotam ação, o que impõe ao Estado brasileiro um agir para alcançar tais objetivos. Representam exatamente os parâmetros necessários a serem seguidos para se chegar à igualdade. O próprio texto constitucional cuidou, assim, de modo expresso, de possibilitar as ações afirmativas.

Além do texto constitucional o Estado brasileiro é signatário de diversos documentos internacionais que reconhecem como legítimas as ações afirmativas. Dentre estes destacam-se as Convenções Internacionais sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial e contra a mulher. Ademais, o Brasil participou ativamente da Conferencia Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Conexa, adotando para o direito interno o Programa

de Ação, no qual descreve as ações afirmativas como necessárias para se erradicar das discriminações e desigualdades existentes em âmbito mundial.

Todas as premissas em prol das ações afirmativas, no âmbito do direito interno, estão porquanto colocadas, restando a superação das resistências, mormente culturais, e que ao cabo só vêm confirmar à existência de preconceitos e discriminação, fazendo cada vez mais necessárias as políticas de ações afirmativas.

As ações afirmativas devem destinar a todo grupo minoritário e que seja discriminado no conjunto social. Todavia, como corte sistemático feito nesta dissertação, foram destacadas a realidade da população negra e das mulheres, em razão de serem grupos histórico, cultural, social e economicamente segregados.

Lamentavelmente as discriminações sofridas por estes grupos ainda é realidade presente na nossa sociedade, mesmo que algumas medidas coibitivas – inclusive com intervenção estatal pela via penal – já tenham sido tomadas, todas justificadas pelas ações afirmativas, como é o caso da política de cotas nas instituições públicas de ensino superior, e das leis que definem os crimes de preconceito racial (Lei 7.716/1989) e da violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei 11.340/2006). Isso tudo demonstra que ainda convivemos numa sociedade machista, patriarcal e, em relação à cor, racista, embora queira negar-se estes fatos. Quanto mais se nega, mais se reafirmam as situações de preconceito e, daí, mais se justificam as políticas de ações afirmativas.

Estudos e pesquisas realizadas por órgãos oficiais, como o PNAD/IBGE e o IPEA, apontam para a existência de situações de discriminação em razão da raça e gênero. Os dados indicativos sobre rendimentos é prova cabal do preconceito vigente, visto que é notória as diferenças salariais que assolam os negros e as mulheres, em relação aos homens brancos no Brasil, sem contar as dificuldades de acesso aos melhores postos, seja no cenário político ou na esfera privada. A presença de negros e mulheres nestes espaços de decisões ou de posições importantes socialmente é deverás desproporcional à representatividade populacional. Este fato, por si só, torna ainda mais difícil o processo inclusivo, dadas às resistências claras e que são impostas obviamente por aqueles que detém o poder de abrir oportunidades.

Os instrumentos de ações afirmativas são por isso imprescindíveis numa sociedade que almeja plena igualdade e que se formou num contingente de ampla diversidade.

Porém, é fundamental que se compreenda que, como são voltadas à superação de situação presente, diante de premente desigualdade, as ações afirmativas têm caráter temporário, de modo que, uma vez superadas as condições de desigualdade, não haverá mais razões de suas mantenças, salvo nas hipóteses decorrentes de fatores naturais de desigualdades e que são perenes, como o caso de licença de 180 dias para a mãe quando do nascimento do filho, em detrimento aos 5 dias destinados ao pai, ou ainda, tempos distintos de contribuição previdenciária para aposentadoria.

Neste sentido, espera-se que as políticas de ações afirmativas tenham o menor curso possível, desde que alcançados os objetivos propostos, com a superação de situações discriminatórias e o realinhamento da plena igualdade material.

No mais, não se pode imaginar que no caso específico dos grupos de negros e mulheres já estejam sendo cumpridas todas as medidas necessárias para inclusão e superação das razões de discriminação. Estamos, rigorosamente, no início de um processo que não pode sofrer recuos e graças a ele tem ocorrido tamanha notoriedade e discussão que ao final servem para amadurecer o tema. Assim, embora não sejam ainda satisfatórias, tais políticas e medidas de ações afirmativas implementadas servem, também, de referencial para que outros grupos minoritários sejam igualmente contemplados, expandindo-se as políticas de atendimento, de modo a dar-se plena efetividade ao princípio da igualdade, atribuindo-o concretamente a todos os grupos sociais.

REFERÊNCIA BIBLIOGRAFICA

ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3ª ed. Brasília: Editora Unb, 1999.

ATCHABAHIAN, Serge. *Princípio da Igualdade e ações afirmativas*. São Paulo: RCS Editora, 2004.

BARBOSA, Ruy. *Oração dos Moços*. São Paulo: Martins Claret, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BERNARDINO, Joaze. *Ação afirmativa e a rediscussão do mito da democracia racial no Brasil*. Rio de Janeiro: Estudos Afro-Asiáticos, Ano 24, nº 2º, 2002.

BETTO, Frei. *Alteridade*. In: ADITAL. Agência de Informação Frei Tito para a América Latina. Pesquisa em: <<http://www.adital.com.br/site/noticia2.asp?lang=PT&cod=7063>>. Acessado em: 18/06/2009

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

BIBLIA. *Gênesis*. 5-23. Bíblia Sagrada. 161ª. São Paulo: Editora Ave Maria, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Malheiros, 1996.

BRASIL. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. *Retratos da Desigualdade de Gênero e Raça*. Estudo realizado em parcerias pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, IPEA – Instituto de Pesquisa Aplicada, e UNIFEM – Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher. Brasília, 2008. In:

<[www.ipea.gov.br/site/000/2/destaque/Pesquisa Retrato das Desigualdades.pdf](http://www.ipea.gov.br/site/000/2/destaque/Pesquisa%20Retrato%20das%20Desigualdades.pdf)>.

Pesquisa em 20/10/2009.

BRASIL. JUDICIÁRIO. STF – Supremo Tribunal Federal. ADIN Nº 2858-8/600-RJ.

Pesquisa em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia> . Acesso em 20/10/2009.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS.

Programa Nacional de Direitos Humanos – 13 de maio de 1996. Disponível em : <

<http://www.mj.gov.br/sedh/pndh/pndhII/Texto%20Integral%20PNDH%20II.pdf>>.

Acessado em 25.05.2009.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Decreto de 20 de Novembro de 1995 –

Políticas para a População Negra. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

Pesquisa em 27/05/2009.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Programa Nacional de Direitos Humanos.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PRODHI.HTM>.

Acessado em: 27/05/2009.

CAMPOS, Andreilino. *Do quilombo à favela: a produção do “espaço criminalizado” no*

Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *A Constituição aberta e os Direitos*

Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio

de Janeiro: Forense, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São

Paulo: Saraiva, 1999.

Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Conexa. In Procuradoria Geral da República, 2007. <https://www.safernet.org.br/drupal/sites/default/files/Racismo.pdf>. Acessado em: 02.02.2009.

COSTA, Luís César Amad. *História do Brasil*. 4ª ed. São Paulo: editora Scipione, 1992.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

FARIA, Sheila de Castro. *A colônia brasileira: Economia e diversidade*. São Paulo: Moderna, 1997.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1998.

FIGUEIRA, Vera Moreira. Preconceito racial na escola. *Cadernos Cândido Mendes – Estudos Afro-Asiáticos*, n. 18, p. 63-73, maio, 1990.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Taxa de pobreza é mais alta entre negros*. Folha de São Paulo, São Paulo, 30/06/2003. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u77642.shtml>>. Acesso em 20/10/2009.

FRASER, Nancy. *Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada da Justiça*. In: Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Coord. Daniel Sarmiento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande&Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1997.

GASPARI, Elio. *As cotas desmentiram as urucubacas*. Goiânia: In: Jornal O Popular de 03/06/2009. Disponível em: <http://www.opopular.com.br/anteriores/03jun2009/opinião/artigo3.htm?lg>.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LOPES, Gustavo Acioli. *As mãos e os pés do Senhor*. p. 34-39 In: Revista desvendando a História. Ano 2, nº 10.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELO, Marco Aurélio. *Ótica Constitucional: a igualdade e as Ações Afirmativas*. Palestra proferida no Seminário *Discriminação e Sistema Legal Brasileiro*, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho, em 20 de novembro de 2001. Disponível em: <<http://www.mpt.gov.br/noticias2/novembro2001/209-1anexo4.doc>>. Acessado em: 16.04.2008

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

MOEHLECKE, Sabrina. *Propostas de Ações Afirmativas no Brasil: o acesso da população negra ao ensino superior*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. 2002. p. 48. In: <<http://biblioteca.universia.net/ficha.do?id=27660>>. Acessado em: 04.05.2008.

MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1 ao 5 da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Márcia. *Ser humana: quando a mulher está em discussão*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NEVES, Marcelo, *Estado democrático de direito e discriminação positiva: um desafio para o Brasil*. In: MAIO, Marcos C. SANTOS, Ricardo V. (Orgs). *Democracia e sociedade*. Rio de Janeiro: Fiocruz/Centro Cultural Banco do Brasil, 1996.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *Justiça dos Estados diz que cotas são legais*. Coluna Nacional. Edição de 31/05/2009. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090531/not_imp379691,0.php>. Acesso em: 02.06.2009.

OLIVEIRA, Almir de. *Curso de Direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional*. In *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Coord. Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

PIOVESAN, Flávia e GUIMARÃES, Luis Carlos Rocha. *Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*. In: DHnet – Rede Direitos Humanos e Cultura. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_racial.html>. Acessado em: 12.08.2008

PIOVESAN, Flávia. GOMES. Luiz Flávio. (Coords.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

POCHMANN, Márcio. *O mercado de trabalho reproduz a desigualdade*. Entrevista concedida a José Cristian Góes. In: *Caros Amigos*. Ano XIII, n. 149. Agosto 2009. São Paulo: Editora Casa Amarela, 2009.

Programa Nacional de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PRODHI.HTM>. Acessado em: 27.05.2009.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: evolução e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, jul./set., 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*. Trad. Lourdes Santos Machado. Coleção: Os Pensamentos. São Paulo: Nova Cultura, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHRAIBER, Lilia Blima. D'OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas. *Violência dói e não é direito: violência contra a mulher, a saúde e os direitos humanos*. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

SELL, Sandro César. *Ação afirmativa e democracia racial: uma introdução ao debate no Brasil*. Florianópolis. Fundação Boiteaux, 2002.

TAVARES, Quintino Lopes Castro. *Multiculturalismo*. Capítulo 3. p. 89/124. In: LOIS, Cecília Caballero (org.). *Justiça e Democracia: entre o universalismo e o comunitarismo*. São Paulo: Landy Editora, 2005.

TELES, Maria Amélia de Almeida. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2003.

TOSI, Giuseppe. *Direitos Humanos, Direitos “humanizantes”*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/artigo1.htm>. Acessado em: 24.06.2008.

TOURAINÉ, Alain. *Igualdade e Diversidade: o sujeito democrático*. Trad. Modesto Floranzano. São Paulo: Universidade do Sagrado Coração, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

UOL Educação. <<http://educacao.uol.com.br/biografias/joana-darc.jhtm>>. Acesso em: 01/09/2009.

VAZ, Fábio Monteiro. *As diferenças de rendimentos por sexo e raça segundo o PNAD de 2007*. IPEA; Mercado de Trabalho. 37. 2008. In: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/boletim_mercado_de_trabalho/mt37/mt37a/08_Diferenciais_de_rendimento.pdf>. Pesquisa em 20/10/2009.