

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO II

CARLOS ANDRÉ BIRNFELD

CECILIA CABALLERO LOIS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

G326

Gênero, sexualidades e direito II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Carlos André Bimfeld, Cecilia Caballero Lois – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-345-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Gênero. 3. Sexualidades. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO II

Apresentação

A ideia de criar um Grupo de Trabalho destinado a debater com exclusividade questões de gênero, sexualidades e direito nasce da vontade política e teórica de professoras e professores preocupados com as persistentes desigualdades acadêmicas de entre homens e mulheres em todos os campos do saber, em especial, no campo do direito. Com efeito, diante da constatação que, em pleno século XXI, não se encontra ainda delimitado um campo de reflexão feminista, consideramos este momento uma enorme conquista para o direito e acreditamos no potencial emancipador que o GT Gênero pode representar para a área como um todo.

O artigo Acesso à justiça para mulheres vítimas de violência: uma análise da cidadania como empoderamento como elemento de promoção da igualdade de Taina Ferreira e Ferreira questiona, no que tange à violência contra mulher, se ainda existem obstáculos na operatividade do sistema judicial que impedem o acesso à justiça pleno e satisfatório por parte das mulheres. Busca a autora, portanto, apontar os avanços sobre o tema na legislação brasileira e ainda, ressaltar as principais dificuldades no tratamento da violência contra mulher no país, assim como destacar qual a importância do movimento feminista na solução dessas dificuldades.

Isadora Vier Machado e Crishna Mirella De Andrade Correa em seu trabalho, Na trilha dos feminismos: Lei Maria da Penha, extensão universitária e a constituição de novos atores sociais no enfrentamento às desigualdades de gênero, relatam uma experiência de extensão universitária que se consolidou com proposta de ofertar um núcleo de assistência jurídica gratuita para mulheres em situação de violências (NUMAP/UEM - Núcleo de Extensão sobre a Lei Maria da Penha). Através desta experiência, as autoras apontam para a importância das universidades como novos atores sociais no enfrentamento da violência de gênero e para o fato de a extensão universitária pode ser capaz de reconfigurar o quadro interventivo estatal e fortalecer o âmbito de tradução dos discursos feministas.

Os direitos da personalidade são um conjunto de bens intrínsecos do indivíduo e que constituem a sua individualidade. Estes direitos são inatos à pessoa, ou seja, são essenciais e basilares para a construção de um mínimo necessário ao exercício da personalidade humana. Este importante problema é o ponto central do trabalho de Tamara Simão Arduini, Violação aos direitos da personalidade da mulher: uma prática do cotidiano. Para a autora, quando se

fala em violação aos direitos da personalidade é imprescindível fazer menção as minorias vulneráveis, como as de gênero, tendo em vista que as mulheres representam uma grande parte das vítimas desse fenômeno.

A influência do patriarcalismo na prática do homicídio qualificado pelo feminicídio de Goreth Campos Rubim e Dorli João Carlos Marques analisa a influência da ideologia patriarcal no homicídio qualificado pelo feminicídio, ressaltando o elevado índice de morte de mulheres no país e, em especial, na cidade de Manaus. Complementarmente, o trabalho discute até que ponto as medidas tomadas pelo Estado tem se revelado eficazes, assim como, busca, ainda, analisar as estratégias e ações constantes das políticas públicas de enfrentamento da violência contra as mulheres adotadas pelos operadores da segurança pública do Estado do Amazonas.

As autoras Carolina Soares Castelliano Lucena De Castro e Gisela Baer de Albuquerque em *Prisão domiciliar e os espaços destinados à mulher - uma reflexão a partir das teorias de Nancy Fraser e Carole Pateman*, examinam a alteração legislativa no artigo 318 do Código de Processo Penal promovida pela Lei 13.257/2016 a partir de algumas teorias feministas. Segundo Carolina e Gisela, a lei trouxe a possibilidade de a prisão preventiva ser substituída por prisão domiciliar para pais de crianças até 12 anos, contudo, a referida lei, traz requisitos substancialmente diferentes para homens e mulheres. Assim, refletindo acerca da diferenciação de tratamento estabelecida por essa alteração legislativa, a partir das ideias construídas pelas teóricas feministas Carole Pateman e Nancy Fraser sobre a noção de espaços públicos e privados, buscam-se pensar sobre o lugar que naturalmente é destinado à mulher em nossa sociedade.

Em *Pornografia de vingança: a violência de gênero sob uma perspectiva social e legal*, Liziane da Silva Rodriguez e Gabriela Ferreira Dutra analisam as especificidades do crime de pornografia de vingança por meio de um estudo da doutrina brasileira e estrangeira. A partir disto, as autoras traçam um paralelo entre o tratamento legislativo dado à este tipo de crime no ordenamento brasileiro e na legislação europeia. Dessa forma, procuram compreender se o tratamento dado a esse crime, no Brasil, encontra-se tutelado de maneira satisfatória ou é preciso atentar um pouco mais para o tratamento que esta situação tem recebido na Europa e outros países cuja legislação encontra-se mais comprometida com as premissas de gênero.

Tatiana Lazzaretti Zempulski e Antonio Marcos Quinupa em seu artigo *A discriminação no trabalho decorrente de gênero tratam das questões relacionadas ao trabalhador que se encontra em situação de discriminação, principalmente em situações decorrentes de gênero. Advertem que a efetividade dos direitos nem sempre vem sendo observada, principalmente*

quando se abordam as questões referentes a este modelo de discriminação nas relações de trabalho. Portanto, após uma breve análise dos direitos fundamentais dos trabalhadores gerais, do direito comparado e no direito pátrio, o artigo introduz no estudo o conceito de gênero e sua abordagem no direito do trabalho e na jurisprudência pátria.

É o poder, aceita porque dói menos: o empoderamento da mulher na contemporaneidade de Juliana Silva Dunder e Eduarda Celino Rodrigues tem como objetivo demonstrar como o movimento feminista auxiliou no processo de empoderamento feminino. O feminismo, tal como demonstram as autoras, serve como um fomentador para que mulheres se reconheçam como sujeitos dignos de direitos e capazes de cumprir com deveres. As autoras concluem que é possível visualizar grandes mudanças com relação aos espaços de atuação das mulheres que devem ter o direito de serem donas de suas vidas e não serem impedidas de ocupar espaços por questões discriminatórias, sexistas, machistas, na esperança de que isso seja apenas uma marca na história e uma utopia no futuro.

Cárita Chagas Gomes em Feminismo e interrupção voluntária da gravidez: uma análise reflexiva sobre a falácia legislativa da permissibilidade do aborto, mostra como a questão do aborto tornou-se um debate recorrente desde os anos 70, que levou parte dos países ocidentais a descriminalizá-lo em suas legislações. O artigo busca, portanto, analisar alguns ordenamentos jurídicos, com vistas a afirmar a ideia de que a permissão da prática do aborto tem bases na consideração que cada país possui sobre a concepção do início da vida. Não obstante, grande parte dos países não criminalize o aborto em suas legislações, existem pontos controversos e posicionamentos conservadores que impossibilitam, efetivamente, sua concretização. O artigo concluiu que o pleito feminista ainda está longe de ser plenamente alcançado, pois a liberdade e a igualdade não podem ser condicionadas, sob pena de não o serem.

Em A discriminação positiva como garantia de igualdade aos homossexuais, Letícia Vasconcelos Barcellos e Phillip Gil França mostram como as uniões homoafetivas são uma realidade social e é dever do Estado contribuir para que sejam consideradas no plano dos direitos, respeitadas e tratadas com a igualdade de garantias das uniões heteroafetivas. Os autores mostram como a orientação sexual não é definida por padrões impostos pela sociedade, essencialmente heteroafetiva, mas pela personalidade de cada pessoa. De acordo com o trabalho em tela, pode ser constatado que, ainda que a proteção do Poder Judiciário aos homossexuais seja constante, as atitudes discriminatórias são inúmeras, especialmente ao se analisar o número expressivo de crimes de ódio que ocorrem no Brasil.

O trabalho A (des)construção do conceito freudiano: a pulsão sexual vista como compreensão da sexualidade humana de Taiane da Cruz Rolim tem por objetivo demonstrar, a partir da psicanálise, que, tanto na dinâmica do gênero como na dinâmica da sexualidade, as identidades são sempre construídas. Com efeito, isto ocorreria pois é assim que compreendemos os sujeitos: como formas múltiplas de identidades que se transformam e que podem ser fixas ou permanentes e que podem, até mesmo, ser contraditórias. Assim, o artigo pretende mostrar a existência de um processo de identificação, desidentificação e rearticulação, de construção de um novo discurso do eu, dos outros e do desejo.

O objetivo das autoras Dayse Gracielle Soares de Araújo de Figueiredo e Izabela Alexandre Marri Amado, em seu trabalho Transexualidade e o direito de aposentadoria no regime geral de previdência social, é demonstrar a necessidade do Estado se organizar, modernizar e planejar para conceder o direito das pessoas transexuais de se aposentarem na idade correspondente ao gênero que se identificam, levando em consideração a legislação previdenciária vigente para homens e mulheres. Para dar vazão a esta importante temática, o trabalho realiza uma pesquisa exploratória sobre a questão da aposentadoria dos indivíduos transexuais, com intuito de formar um arcabouço teórico, uma vez que se trata de assunto novo e são poucos os materiais disponíveis para consulta. Por fim, o trabalho procura ressaltar a importância da intervenção do Estado para solidificar os direitos sociais deste grupo e minimizar possíveis consequências ao erário por falta de planejamento previdenciário.

Em Da sexualidade humana: do direito ao reconhecimento da identidade de gênero, Sarah Tavares Lopes da Silva busca analisar e debater o tema da sexualidade da pessoa humana, com ênfase no direito à identidade de gênero. No trabalho, é abordada a sexualidade da pessoa humana no contexto internacional, enquanto componente dos Direitos Humanos. Logo após, o trabalho apresenta o anteprojeto Estatuto da Diversidade Sexual, elaborado no Brasil (pela Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil) para discutir, no intuito de inibir, a discriminação e marginalização das pessoas que não se enquadram no padrão heterossexual (dentre elas: transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais).

O autor Paulo Adroir Magalhães Martins discute, em Gênero, sexo, sexualidade e condutas sexuais: uma análise médico-legal da identidade sexual ante o direito de autodeterminação, as “novas” identidades calcadas em características que compõem a identidade pessoal dos indivíduos e que não são reconhecidas social e politicamente. Dentre as manifestações de sexualidades, o autor aponta as transgeneridades como objeto de grande polêmica nos diversos espaços de discussão, tanto no meio acadêmico como nas outras esferas de

convivência da sociedade. O trabalho mostra que, se por um lado, houve certa aceitação de várias identidades sexuais, mesmo que tacitamente, por outro lado há, ainda, uma grande discriminação para com as pessoas trans, demonstrada pelas constantes campanhas de diversos segmentos sociais e órgãos do poder público, voltadas para o fim dessa intolerância.

A transexualidade é um assunto que já vem sendo tratado há muito tempo pelos tribunais, e, com o biodireito, este problema vem à tona pelas circunstâncias e evolução da sociedade. Este é o ponto de partida do trabalho de Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres, denominado (Re)conhecimentos de identidades trans: vulneração e violências. Para o autor, a discriminação edificada na opção de orientação sexual ou identidade gênero remete a toda e qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência com base na orientação sexual ou identidade de gênero que vise trazer prejuízos a igualdade ante o ordenamento. No estudo aqui apresentado, portanto, o centro da discussão é a diferença entre o sexo biológico e o psicossocial, a dicotomia em relação ao direito de adequação social de uma minoria diferente daquela que se padroniza como normal e a perspectiva ante os direitos humanos da personalidade e garantias fundamentais.

Ligia Maria Ladeira Tavares e Cecilia Caballero Lois trazem para o debate o chamado feminismo radical. Em Anotações sobre a teoria feminista do direito de Catharine MacKinnon, as autoras objetivam introduzir as ideias gerais da teoria do direito da professora da Universidade de Michigan, desenvolvida, tal como já citado, sob as premissas do feminismo radical. MacKinnon concebe a subordinação das mulheres não como decorrência das desigualdades jurídica e política, mas sim, como decorrentes de uma política sexual implementada pela ideologia patriarcal, inclusive no âmbito do Estado. O direito, sob a perspectiva feminista, não é neutro, mas masculino em sua criação, interpretação e aplicação, como reflexo do sistema de dominação sexual. O reconhecimento da ausência de neutralidade do direito constitui ponto chave para a construção de uma teoria apta a permitir o alcance da cidadania pelas mulheres.

O artigo que encerra este volume denomina-se O princípio da isonomia real e o fundamento da dignidade da pessoa humana através de ações afirmativas de raça de Marina Barbosa Vicente e Roberta de Miranda Castellani. Neste trabalho, as autoras analisam a implementação das ações afirmativas no Brasil, como uma política estatal capaz (ou não) de efetivar o princípio da isonomia e o fundamento da dignidade da pessoa humana. Tomando como um de seus argumentos o fato de que essas ações seriam uma alternativa para reduzir a desigualdade de inserção dessas minorias na sociedade, inicia conceituando-a, retrocedendo

às suas origens, diferenciando, políticas públicas de ações afirmativas, demonstrando seus objetivos, a problemática constitucional para, por fim, concluir qual é o papel do Estado no que concerne à essas políticas e suas garantias.

Por fim, como a leitora e o leitor poderão constatar, é possível afirmar que os trabalhos aqui reunidos, cada um a sua maneira, tem por característica fundamental a determinação de repensar o direito em bases feministas, inclusivas e democráticas. Esperamos que a leitura seja proveitosa e, especialmente, transformadora.

Prof. Dr. Carlos André Birnfeld - FURG

Profa. Dra. Cecilia Caballero Lois - UFRJ

**O PRINCÍPIO DA ISONOMIA REAL E O FUNDAMENTO DA DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA ATRAVÉS DE AÇÕES AFIRMATIVAS DE RAÇA**

**THE PRINCIPLE OF REAL EQUALITY AND THE FOUNDATION OF HUMAN
DIGNITY THROUGH AFFIRMATIVE ACTIONS OF RACE**

**Marina Barbosa Vicente
Roberta de Miranda Castellani**

Resumo

O estudo tem por objetivo a análise da implementação das ações afirmativas no Brasil, pela política estatal. Aborda-se então, qual é o meio de efetivação do princípio da isonomia e o fundamento da dignidade da pessoa humana, tendo como um de seus argumentos o fato de que essas ações seriam uma alternativa para reduzir a desigualdade de inserção dessas minorias na sociedade. Inicia-se, conceituando-a, retrocedendo às suas origens, diferenciando, políticas públicas de ações afirmativas, demonstrando seus objetivos, a problemática constitucional; buscando concluir qual é o papel do Estado no que concerne à essas políticas e suas garantias.

Palavras-chave: Ações afirmativas, Raça, Princípio da isonomia real, Fundamento da dignidade da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

The study aims to analyze the implementation of affirmative action in Brazil, by state policy. It discusses so what is the means of realization of the principle of equality and the foundation of human dignity, having as one of its arguments the fact that these actions would be an alternative to reduce inequality insertion of these minorities in society. Starts, conceptualizing it, going back to its origins, differentiating, public affirmative action policies, demonstrating its objectives, the constitutional issues; seeking to conclude which is the state's role with regard to these policies and their guarantees.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Affirmative action, Race, Principle of real equality, Foundation of human dignity

1. INTRODUÇÃO

É de relevante conhecimento o fato de que as ações afirmativas são deveras tratadas tardiamente – e de maneira ainda bem tímida, cumpre-se dizer – pelo ordenamento jurídico brasileiro atual.

O debate acerca de tais ações inicia-se no intuito de implementar possíveis medidas compensatórias, assim poderíamos dizer, tendo como sua finalidade precípua a invocação e aplicação real do princípio da isonomia e a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana em prol das minorias das comunidades negras.

Nos últimos tempos, vem se notando a propositura de alguns projetos de leis no Congresso Nacional que visem a introdução, no Direito brasileiro, de algumas modalidades desse tipo de ação.

Na busca, constante, porém, moderada, na superação da desigualdade brasileira – problema antigo, desde os tempos coloniais – projetos de leis surgem das mais diversas ideologias políticas de nossos atuais parlamentares.

Tais projetos, concebidos no louvável afã na tentativa de remediar os aspectos politicamente e visivelmente incômodos da nossa dolorosa atualidade, tentam combater a discriminação e a desigualdade em alguns setores específicos da atividade produtiva, instituindo assim, cotas fixas para negros nesse ou naquele setor da vida socioeconômica.

O tema é de profunda importância para o Brasil e para o direito brasileiro como um todo, por dois reais motivos.

O primeiro, por ter incidência totalmente direta sobre aquele que é indubitavelmente o mais grave de todos os nossos atuais problemas sociais, porém, estranhamente ainda ignorado por muitos. Problema este que se encontra na raiz de nossas constituições e do nosso quadro social – ou seja, os diversos mecanismos pelos quais, ao longo da nossa história, a sociedade brasileira buscou proceder, através das mais variadas formas de discriminação, à exclusão e a diminuição constante, do processo produtivo e de uma vida social digna, de um gigante percentual de sua população – cerca de 45% do total – : os brasileiros com ascendência africana.

Em segundo lugar, porém, não menos importante, por tratar de um tema de demasiada nobreza de Direito Constitucional comparado e de Direito Internacional, mas que, curiosamente, negligenciado nas Cartas jurídicas nacionais, particularmente no âmbito do Direito Constitucional.

Cumpra dizer ainda, que o tema entrou definitivamente nas pautas de discussões no cenário atual, a partir do momento em que o Governo Federal decidiu assumir, corajosamente, diga-se de passagem, uma postura perante à comunidade internacional que não apenas reconhecia oficialmente a real existência da discriminação existente no Brasil perante os negros, como também compromissou-se a instituir uma política de ações afirmativas – as cotas raciais – visando propiciar, de início, um maior acesso dos afrodescendentes às universidades de ensino superior.

De fato estamos tratando de um tema pouco conhecido pela maioria dos brasileiros, tanto no que concerne ao seu conceito real, como nas suas inúmeras formas de implementação. Daí a necessidade de expormos qual é a origem real dessas ações, sua diferenciação com o conceito de “políticas públicas”, quais são os seus reais e principais objetivos, suas modalidades e por fim, a sua necessária adequação e compatibilização com os princípios constitucionais norteadores de todo o sistema jurídico.

Isto posto, neste singelo estudo buscaremos demonstrar qual a efetiva possibilidade de implementação dessas ações afirmativas no nosso atual ordenamento jurídico e sua aplicabilidade em casos concretos. Ações estas, já bastante difundidas e utilizadas em outros países desenvolvidos, tais como, Estados Unidos (*affirmative actions*) e Europa (*discrimination positive*).

Trata-se sim de um tema preocupante e que, conseqüentemente suscita problemas de sustentação teórica e real aplicabilidade prática. Frisa-se, portanto, que o foco do atual estudo se faz na minoria no que concerne às raças, os negros, especificamente falando.

Espera-se, portanto, provocar ao leitor uma reflexão mínima e quem sabe gerar em sua consciência algumas dúvidas sobre leituras e conceitos formados de forma extremamente precipitados, e que os façam enxergar no seio do princípio da igualdade formal, da dignidade da pessoa humana, dentre todos os outros princípios basais do Estado Democrático de Direito, o remédio, quem sabe, para todas as formas de discriminação existentes.

2. O QUE SÃO AÇÕES AFIRMATIVAS?

Inicialmente, cumpre ressaltar que as ações afirmativas foram criadas e implementadas na política estatal, de forma precursora, pelo Direito norte-americano, o que veio nitidamente comprovar a mudança da postura do Estado perante o indivíduo.

Mudança esta que só veio a ocorrer tentando demonstrar uma, até então, suposta neutralidade, passando a aplicar suas políticas governamentais indistintamente, ignorando, portanto, a importância de fatores como origem nacional, raça, cor ou sexo.

Diante da adoção dessa nova postura Estatal, este passou então a se preocupar mais com aquelas condições diferenciadoras entre um indivíduo e outro, já supracitadas, no momento de regular a contratação de seus funcionários, ainda que por terceiros, ou também no momento de estatuir o acesso aos estabelecimentos educacionais públicos e privados.

Assim, se faz possível afirmar que ao invés do Estado se preocupar em contemplar à todos os cidadãos com tais políticas públicas, possibilitando assim com que todos fossem beneficiários de todo este tipo de ação, sem importar qual fosse seu sexo, sua cor ou qualquer que fosse a sua outra “minorias” em questão, o Estado passou a levar em conta esses fatores na implementação de suas decisões, com a finalidade precípua de evitar a discriminação num todo, e não para prejudicar quem quer que seja.

Inegavelmente se faz possível perceber, neste contexto como um todo, um fundo cultural e histórico de antepassados casos de discriminação, fosse ela por qual motivo pormenorizadamente fosse, e não raro se subtrai ao enquadramento nas categorias jurídicas clássicas, finde por perpetuar as parciaisidades sociais e estatais ainda, infelizmente, existentes.

Primitivamente, podemos dizer que as Ações Afirmativas eram conceituadas como sendo apenas um mero incentivo utilizado pelo Estado, tendo a finalidade de que as pessoas que possuíam certo poder decisório nas diversas áreas, tanto pública quanto privada, levassem em consideração, nas suas diferentes decisões relativas a temas tão delicados como o acesso ao mercado de trabalho e à educação, por exemplo; fatores que até então eram considerados como deveras irrelevante pela grande maioria destes, quais sejam, a raça, a cor, o sexo e a origem nacional das pessoas.

Tal encorajamento tinha por intento ver concretizado o ideal de que tanto as escolas quanto as empresas refletissem em sua composição a representação de cada grupo na sociedade ou no respectivo mercado de trabalho, na melhor medida do possível de sua efetivação real.

Num segundo momento, alterou-se então, o conceito real do instituto de ação afirmativa, a partir da constatação da ineficácia daqueles procedimentos considerados como clássicos para o combate à discriminação. Esse novo conceito, por seu turno, passou a ser associado à ideia de realização da igualdade de oportunidades através da implementação de cotas de acesso dos tidos como representantes de minorias a determinados setores do mercado de trabalho e nas instituições educacionais.

Foi também nesse período que aconteceu a vinculação entre o atingimento de algumas diferentes metas estatísticas com as ações afirmativas no que concernia à presença dos negros em alguns diferentes âmbitos das instituições de ensino e do mercado de trabalho.

De acordo com o que é exposto no texto da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, onde possui o Brasil como sendo signatário, entende-se por “discriminação” toda e qualquer exclusão, restrição, distinção ou preferência que se baseie na cor, na descendência, na origem nacional ou étnica, na raça ou no sexo, e que tenha o nítido desígnio de anular ou prejudicar o gozo, o reconhecimento, ou exercício em condições reais de igualdade de algum dos direitos humanos e liberdades fundamentais garantidas, sejam eles nos campos econômico, social, político e ou/cultural, assim como em qualquer outra esfera da vida pública.

Ressalte-se que o tratado internacional supra, ao definir o que seria discriminação, elegeu, como componente basal conceitual, aquelas características culturais e naturais dos indivíduos que têm sido recorrentes, desde muito tempo atrás, sem, no entanto, com isso estabelecer um sistema extremamente taxativo.

De igual forma, o simples fato da definição não contemplar conceitualmente os campos da vida privada, o que, inicialmente, pode nos levar a situar o problema apenas naquele âmbito da eficácia vertical dos direitos fundamentais – ou seja, o Estado em face da primazia do particular –, não obsta a que o conceito se estenda, em circunstâncias especiais, àquelas relações acontecidas entre particulares, deslocando-se, portanto, para a eficácia horizontal dos mesmos direitos.

Deixa por oportuno, consignado ainda o fato de que a discriminação, no sentido em que se encontra definida, assume – sempre –, um caráter de reprovabilidade, de forma negativa.

A conclusão imediata que se faz possível formular de tal conceito exclui, preliminarmente, uma adulação extremamente comum, qual seja, o fato de que ação afirmativa é, necessariamente e estritamente, sinônimo de cotas mínimas a fim de possibilitar, portanto, a participação de minorias nos diversos segmentos da cidadania.

Contudo, é certo que as cotas são constituídas sim, na maior e em sua mais radical forma, de ações afirmativas e, possivelmente dizendo, em sua mais polêmica maneira conceitual também.

Porém, ainda assim se faz correto afirmar o fato de que existem distintas outras medidas capazes de desempenhar e efetivar o princípio da igualdade material – garantia de

todos os cidadãos – tais como os incentivos fiscais (e outras sanções promocionais, tais como aumento de pontuação em licitações), por exemplo.

Do mesmo modo, necessário se faz ressaltar o fato de que ação afirmativa não se confunde com ação estatal. Portanto, programas implementados e desenvolvidos por particulares também podem, e devem, partilhar o mesmo propósito na superação de desigualdade.

Assim, atualmente as ações afirmativas podem ser definidas, de acordo com o preceito descrito por Joaquim B. Barbosa Gomes, como sendo:

Um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes 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.

Bem diferente do que se conceitua como sendo políticas governamentais anti-discriminatórias baseadas apenas em leis de conteúdo estritamente proibitivo, pelos quais oferecerem às vítimas somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam o impedimento da discriminação se verificar em suas mais variadas formas usualmente conhecidas. Ou seja, formalmente, por meio de normas de aplicação específica ou geral, ou ainda através de mecanismos informais, estruturais e/ou difusos já enraizados nas práticas culturais e na massificação da sociedade como um todo.

Em síntese, portanto, trata-se aqui de mecanismos e de diversas políticas com a finalidade máxima de inclusão das minorias – os negros em especial por este estudo contemplados –, concebidos por entidades públicas e/ou privadas, como também por órgãos dotados de tal competência jurisdicional, visando, por sua vez, a concretização de um objetivo máximo constitucional reconhecido universalmente: o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os cidadãos têm direito.

3. ORIGEM

Diversas são as origens das ações afirmativas. Advindas de diferentes países, com as mais distintas influências e princípios ideológicos.

Podemos afirmar que existem históricos remotos dos Estados Unidos, da Europa e, por óbvio, as brasileiras. Discorreremos, brevemente, acerca de cada uma das três supra apenas para fim de conceituação e melhor entendimento do trabalho como um todo.

De acordo, podemos dizer que o mote inicial para o surgimento destas ações nos Estados Unidos, aconteceu com a finalidade precípua de lutar a favor dos movimentos dos direitos civis e pela inclusão.

De grande valia foi a contribuição dada por esta nação no que se diz respeito às ações afirmativas, o que leva, portanto, a muitos autores e juristas a afirmarem que os Estados Unidos pode ser considerado o berço dessas ações.

Houve uma grande contribuição para o desenvolvimento do instituto ora em estudo, uma vez que foi difundido o emprego deste nos mais diversos âmbitos da atividade humana considerada como coletiva, e popuseram a expressão mais utilizada para a definição das ações consideradas então, positivas, a fim de combater a desigualdade.

Foi então no modelo de governo minimalista, conservador e republicano de Einsehower, com seu vice presidente Nixon, de forma bastante curiosa cabe ressaltar, é que se encontram as primeiras utilizações das ações afirmativas na sociedade norteamericana. Isso pelo fato de que a cargo do vice presidente supra ficou a tarefa de realizar uma pesquisa e conseqüentemente um relatório acerca das desigualdades sociais existentes, na época, nos Estados Unidos. Com base no resultado de tal relatório, então, chegou-se a conclusão de que havia o que eles denominaram na época de “racismo institucional”, o qual possuía bases eminentemente teóricas, métodos meramente formais de combate à desigualdade.

Porém, brevemente podemos dizer que tal instituto refere-se as políticas institucionais que, sem o suporte da teoria racista de intenção, produz conseqüências desiguais para os membros das diferentes categorias raciais.

Este conta com um fator objetivo que é a consciência da prática do comportamento discriminatório, o qual não isenta a pessoa responsável por tal prática de culpa algumas, ou seja, aquele que produzi reações e intenções desiguais para grupos étnicos diferentes, sem nenhuma justa motivação, racista será considerado.

Já na Europa, por sua vez, as origens das ações em tela, retornam à época do Movimento Europeu Corporativista, o qual buscava veementemente uma mudança nas formas de reprodução material e social no seio da até então, nova, sociedade capitalista existente.

De acordo com o que é preconizado por Paul Singer essa disputa nada mais era do que a busca por uma solidariedade econômica, a qual só seria possível de ser vista caso esta viesse a ser organizada de forma igualitária por aqueles que eram associados com a finalidade de vender, consumir, produzir ou poupar. O “segredo” para os que defendiam tal proposta era então a existência de contratos iguais e não que houvesse um contrato vertical de um particular sobre o outro.

No início do século XIX então, a Grã Bretanha mergulhou numa séria crise econômica, a qual despertou o interesse de Robert Owen a propor algumas mudanças estruturais nos antigos modos de produção a fim de “aproveitar” o momento em que viviam, fazendo com que os membros afetados de forma negativa pelo capitalismo da sociedade em questão passassem a ter, então, a possibilidade real de consumo e, conseqüentemente, acabassem com esse desaquecimento que vinha ocorrendo na economia, ocasionado pela redução das demandas bélicas – momento pós Guerra – e a decorrente contratação do mercado.

Em decorrência de tais pensamentos, a partir de então uma série de diversos “experimentos”, pode-se assim denominar, passaram a ser realizados guiados pelas ideologias cooperativistas de Saint-Simon, Charles Fourier e Robert Owen.

Pelas condições de trabalho extremamente precárias existentes na época, os trabalhadores se viam obrigados a adotarem algumas estratégias de reivindicação de melhoria, tanto salarial quanto das próprias condições de trabalho em que se encontravam. Porém, a medida que essa militância dos trabalhadores crescia, os empregadores se viam também obrigados a reagir de algumas forma e passou a ocorrer então os *lock outs* (greve patronal) onde começou a acontecer, conseqüentemente à isso, as demissões, retaliações e, de forma contrária, as pretensões àqueles trabalhadores que não vinham se “rebelando”, se é que assim pode-se dizer.

Foi em 1935 então que surgiu a primeira notícia no que se referia às ações afirmativas, no intuito de combater o tratamento diferenciado que existia aos trabalhadores sindicalizados. John Skrentny preconize, por sua vez:

A ideia básica vem do centenário conceito legal inglês de equidade (*equity*), ou de administração da justiça de acordo com o que era justo numa situação particular, por oposição à aplicação estrita de normas legais, o que pode ter conseqüências cruéis.

Ainda no ano de 1935 era previsto pela National Labor Relations Act:

Um empregador que fosse encontrado discriminando contra sindicalistas ou operários sindicalizados teria que parar de discriminar e, ao mesmo tempo, tomar ações afirmativas para colocar as vítimas nas posições onde elas estariam se não tivessem sido discriminadas.

Um instituto largamente conhecido e amplamente difundido na Europa como ação positiva ou discriminação positiva possui caráter preventivo e reparatório no que concerne aos comportamentos de caráter discriminatório, buscando evitar, por sua vez, a discriminação daqueles trabalhadores sindicalizados e, ao mesmo passo, procuravam viabilizar a produção da situação gerada a partir da não existência da situação de discriminação.

Por fim, adentrando na seara das ações afirmativas no Brasil, podemos dizer que a escassez de obras sobre o assunto dificulta em partes discorrer sobre qual foi a primeira exata aparição destas em nosso país. Porém, o que possuímos de informação histórica é a respeito do fato de ofertas de incentivos à vinda dos europeus para o Brasil mediante a doação de terras, sendo este um dos motivos reais da fundação de várias cidades brasileiras, tendo como um grande exemplo a cidade de Nova Friburgo, no Rio de Janeiro.

No que se refere às legislações positivando esse tipo de ação, temos a Lei nº 5.465/1968, conhecida como “Lei do Boi”, a qual, timidamente ainda, reservava 50% das vagas de estabelecimento de ensino médio agrícola e de escolas superiores de agricultura e veterinária, mantidos pela União, à agricultores e/ou seus filhos proprietários ou não de terras que residissem na zona rural e, 30% à agricultores e/ou seus filhos, também proprietários ou não de terras que residissem na zona urbana ou em vilas que não possuíssem estabelecimentos de ensino médio.

De acordo com o exposto acima podemos claramente observar que tais medidas visavam a proteção de grupos específicos. Os primeiros, por sua vez, se viam protegidos por uma deficiência nítida do próprio poder público; já os segundos, por possuírem uma desvantagem no que consiste aos seus locais de moradia, de difícil acesso, regiões distantes, o que justificava então, este tratamento desigual em relação aos desiguais.

Sob a égide do Governo Federal, nos últimos anos, mais especificamente no ano de 1996, realizaram-se algumas reuniões com setores dos Movimentos Negros, com acadêmicos e dentre outros, pelas quais surgiram então alguns decretos; dentre eles: o Decreto de 20 de

Novembro de 1995, o de 7 de Fevereiro de 1996 e o de 20 de Março de 1996, todos com a finalidade precípua de criação de Grupos de Trabalho Interministeriais tendo como intuito o desenvolvimento de políticas práticas para a valorização da população afrodescendente e a consequente eliminação na discriminação no âmbito laboral e educacional.

Por conta da Conferência de Durban houve, portanto, uma confissão oficial do governo brasileiro no que diz respeito à discriminação racial e no que consiste aos gêneros existentes de fato no Brasil, o que levou, por sua vez, à edição do Decreto de nº 4.228/2002, da Portaria 1.156/2001, os quais estabeleciam um Programa Nacional de Ações Afirmativas no âmbito da Administração Pública Federal, além de oferecer incentivos para o ingresso no Supremo Tribunal Federal e no Instituto Rio Branco.

Numa perspectiva meramente comparatória, podemos afirmar que tais reivindicações dos Movimentos Negros brasileiros aproximam-se, portanto, do primeiro contexto britânico, não obstante ao evitar expedientes com conteúdos meramente includentes afastam-se de padrões de integração tutelada, nos quais o exercício dos direitos estão condenados à condicionamentos (possibilidade de ingressar na universidade, mas pra estudar a história das elites brancas), ou a expectativas (possibilidade de preencher os quadros da magistratura aliada a eterna expectativa de não sentir ainda mais drasticamente os efeitos do compartilhamento da experiência da discriminação, sendo confundido com um ocupante de funções desprestigiadas, por exemplo).

Os Movimentos Negros reivindicam o acesso aos meios de poder e conhecimento necessários para que o compartilhamento dos discursos seja bem sucedido buscando, portanto, uma postura passível de criar condições a fim de construir valores para que se possibilite interatividade dentro de um novo pacto social.

Tais elementos permite-nos dizer que, finalmente começa a existir, ainda que em doses minúsculas, um ambiente um pouco mais propício para a superação e discussão das desigualdades no Brasil, mediante certas reivindicações de inclusão dentro de uma perspectiva de direito ao desenvolvimento e a reparação de tais distinções.

4. AÇÃO AFIRMATIVA E PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Foi a partir das experiências revolucionárias pioneiras dos EUA e da França que se edificou o conceito de igualdade perante a lei, construção jurídico-formal segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais.

Assim, pode-se dizer que a noção de igualdade, como categoria jurídica de primeira grandeza, teve sua emergência como princípio jurídico incontornável nos documentos constitucionais promulgados imediatamente após as revoluções do final do século XVIII.

Concebida com o específico fim de abolir os privilégios típicos antigo regime e para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem, na rígida e imutável hierarquização social por classes, essa clássica concepção de igualdade jurídica, meramente formal, firmou-se como ideia-chave do constitucionalismo que floresceu no século XIX e prosseguiu sua trajetória triunfante por boa parte do século XX.

Abstrata por natureza e levada a extremos por força do postulado da neutralidade estatal (uma outra noção cara ao ideário liberal), o princípio da igualdade perante a lei foi tido, durante muito tempo, como a garantia da concretização da liberdade. Para os pensadores e teóricos da escola liberal, bastaria a simples inclusão da igualdade no rol dos direitos fundamentais para se ter esta como efetivamente assegurada no sistema constitucional.

A experiência e os estudos de direito e política comparada, contudo, têm demonstrado que, tal como construída, à luz da cartilha liberal oitocentista, a igualdade jurídica não passa de mera ficção.

Paulatinamente, porém, sustenta-se que a concepção de uma igualdade puramente formal, assente no princípio geral da igualdade perante a lei, começou a ser questionada, quando se constatou que a igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados. Importaria, pois, colocar os primeiros ao mesmo nível de partida. Em vez de igualdade de oportunidades, importava falar em igualdade de condições.

Importante seria, portanto, seria a adoção de uma concepção substancial da igualdade, que levasse em conta em sua operacionalização não apenas certas condições fáticas e econômicas, mas também certos comportamentos inevitáveis da convivência humana, como é o caso da discriminação.

Assim, assinala a ilustre Professora de Minas Gerais, Carmen Lucia Antunes Rocha:

Concluiu-se, então, que proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão-somente o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica.

Como se vê, em lugar da concepção estática da igualdade extraída das revoluções francesa e americana, cuida-se nos dias atuais de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção dinâmica, militante de igualdade, na qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade. Produto do Estado Social de Direito, a igualdade substancial ou material propugna redobrada atenção por parte do legislador e dos aplicadores do Direito à variedade das situações individuais e de grupo, de modo a impedir que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas.

Da transição da ultrapassada noção de igualdade estática ou formal ao novo conceito de igualdade substancial surge a ideia de igualdade de oportunidades, noção justificadora de diversos experimentos constitucionais pautados na necessidade de se extinguir ou de pelo menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e, conseqüentemente, de promover a justiça social.

Dessa nova visão resultou o surgimento, em diversos ordenamentos jurídicos nacionais e na esfera do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de políticas sociais de apoio e de promoção de determinados grupos socialmente fragilizados. Tais como: a Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965); a Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), entre outros.

Vale dizer, da concepção liberal de igualdade que capta o ser humano em sua conformação abstrata, genérica, o Direito passa a percebê-lo e a tratá-lo em sua especificidade, como ser dotado de características singularizantes. O indivíduo especificado, portanto, será o alvo dessas novas políticas sociais.

De acordo com o que é preconizado por Flávia Piovezan:

Do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Daí apontar-se não mais ao indivíduo genérico e abstratamente considerado, mas ao indivíduo «especificado».

A essas políticas sociais, que nada mais são do que tentativas de concretização da igualdade substancial ou material, denomina-se de ação afirmativa ou, na terminologia do direito europeu, de discriminação positiva ou ainda, “ação positiva”.

A consagração normativa dessas políticas sociais representa, pois, um momento de ruptura na evolução do Estado moderno.

Com efeito, como bem assinala a Professora Carmen Lúcia Antunes Rocha:

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.

Assim, nessa nova postura o Estado abandona a sua tradicional posição de neutralidade e de mero espectador dos embates que se travam no campo da convivência entre os homens e passa a atuar de forma mais ativa na busca pela concretização da igualdade positivada nos textos constitucionais.

É de conhecimento notório que o país pioneiro na adoção das políticas sociais denominadas ações afirmativas foram os Estados Unidos. Essas foram concebidas inicialmente como mecanismos tendentes a solucionar a marginalização social e econômica do negro na sociedade americana. Posteriormente, elas foram estendidas às mulheres, a outras minorias étnicas e nacionais, aos índios e aos deficientes físicos.

Tais ações se definem como sendo políticas públicas (e 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. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade.

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 fato, de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade.

De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, aptas a inculcar nos atores sociais a utilidade e a necessidade da observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano.

Por outro lado, constituem, por assim dizer, a mais eloquente manifestação da moderna ideia de Estado promotivo, atuante, eis que de sua concepção, implantação e delimitação jurídica participam todos os órgãos estatais essenciais, aí se incluindo o Poder Judiciário, que ora se apresenta no seu tradicional papel de guardião da integridade do sistema jurídico como um todo e especialmente dos direitos fundamentais, ora como instituição formuladora de políticas tendentes a corrigir as distorções provocadas pela discriminação.

Em síntese, podemos afirmar que tais políticas são um mecanismo sócio-jurídico destinado a viabilizar primordialmente a harmonia e a paz social, que são seriamente perturbadas quando um grupo social expressivo se vê à margem do processo produtivo e dos benefícios do progresso, bem como a robustecer o próprio desenvolvimento econômico do país, na medida em que a universalização do acesso à educação e ao mercado de trabalho tem como consequência inexorável o crescimento macroeconômico, a ampliação generalizada dos negócios, numa palavra, o crescimento do país como um todo.

Nesse sentido, não se deve perder de vista o fato de que a história universal não registra, na era contemporânea, nenhum exemplo de nação que tenha se erguido de uma condição periférica à de potência econômica e política, digna de respeito na cena política internacional, mantendo no plano doméstico uma política de exclusão, aberta ou dissimulada, legal ou meramente informal, em relação a uma parcela expressiva de seu povo.

As ações afirmativas constituem, pois, um remédio de razoável eficácia para esses males. É indispensável, porém, uma ampla conscientização da própria sociedade e das lideranças políticas de maior expressão acerca da absoluta necessidade de se eliminar ou de se reduzir as desigualdades sociais que operam em detrimento das minorias, notadamente as minorias raciais. Ainda, é preciso uma ampla conscientização sobre o fato de que a marginalização socioeconômica a que são relegadas as minorias, especialmente as raciais, resulta de um único fenômeno: a discriminação.

Com efeito, a discriminação, como um componente indissociável do relacionamento entre os seres humanos, reveste-se inegavelmente de uma roupagem competitiva. Afinal, discriminar nada mais é do que uma tentativa de se reduzirem as perspectivas de uns em benefício de outros. Quanto mais intensa a discriminação e mais poderosos os mecanismos inerciais que impedem o seu combate, mais ampla se mostra a clivagem entre discriminador e discriminado. Daí resulta, inevitavelmente, que aos esforços de uns em prol da concretização da igualdade se contraponham os interesses de outros na manutenção do *status quo*. É curial, pois, que as ações afirmativas, mecanismo jurídico concebido com vistas a quebrar essa dinâmica perversa, sofram o influxo dessas forças contrapostas e atraiam considerável resistência, sobretudo da parte daqueles que historicamente se beneficiaram da exclusão dos grupos socialmente fragilizados.

Ao Estado cabe, assim, a opção entre duas posturas distintas: manter-se firme na posição de neutralidade, e permitir a total subjugação dos grupos sociais desprovidos de voz, de força política, de meios de fazer valer os seus direitos; ou, ao contrário, atuar ativamente no sentido da mitigação das desigualdades sociais que, como é de todos sabido, têm como público alvo precisamente as minorias raciais, étnicas, sexuais e nacionais.

Desse imperativo de atuação ativa do Estado nasceram as Ações Afirmativas, concebidas inicialmente nos Estados Unidos da América, mas hoje já adotadas em diversos países europeus, asiáticos e africanos, com as adaptações necessárias à situação de cada país. O Brasil, país com a mais longa história de escravidão das Américas e com uma inabalável tradição patriarcal, mal começa a admitir, pelo menos em nível acadêmico, a discussão do tema em tela.

5. OBJETIVOS

De início, podemos dizer que além da ideia máxima de concretização da igualdade de oportunidades entre todas as raças e gêneros, poderíamos encaixar como sendo também um dos objetivos almejados com as ações afirmativas, aquele de induzir as transformações de ordem pedagógica, psicológica e, por óbvio, cultural, que se encontrariam capazes, portanto, de realizar a subtração do imaginário coletivo aquela ideia erroneamente enraizada de supremacia e de subordinação de uma raça em relação à outra.

O elemento impulsor dessas transformações seria, assim, o caráter de exemplaridade de que se revestem certas modalidades de ação afirmativa, cuja eficácia como agente de transformação social poucos até hoje ousaram negar.

Ou seja, de um lado essas políticas simbolizariam o reconhecimento de fato da existência e persistência das – horríveis – práticas discriminatórias e da necessidade precípua de sua eliminação. De outra banda, elas teriam também como meta o fato de atingir objetivos de natureza cultural, que delas, inevitavelmente, resultam a banalização da necessidade e da utilidade de políticas públicas voltadas à implantação da diversidade.

Pode ser dizer ainda que esse tipo de ação tem como objetivo eliminar os efeitos persistentes na sociedade, tanto os culturais, os comportamentais, principalmente, e os psicológicos da discriminação que existe há tanto tempo e que, infelizmente, tende a se perpetuar; e, não tem a ideia apenas de coibir a discriminação do presente, mas sobretudo eliminar

Tais efeitos descritos acima se encontram no que podemos chamar de “discriminação estrutural”, que vem nitidamente espelhada nas desigualdades sociais entre grupos dominantes e grupos marginalizados.

Partindo da ideia inicial de que tais grupos considerados como minorias, normalmente não são representados em algumas áreas ou se são, são minimamente representados ou em posições de mando e prestígio no mercado de trabalho e nas atividades estatais, seja nas instituições de formação e às realizações individuais, as políticas afirmativas cumprem o significativo papel de preencher tais omissões, fazendo com que a ocupação das posições do mercado de trabalho e do Estado se faça, na medida do possível, com uma harmonia maior.

Nesse sentido, o efeito mais conspícuo desse tipo de política, além do estabelecimento da representatividade e da diversidade propriamente ditas, é o de eliminar aquelas barreiras invisíveis e artificiais que brecam o avanço dos negros e de outras minorias, independentemente da existência ou não de política oficial tendente a subalternizá-los.

Representa ainda como uma das importantes metas das ações afirmativas a implantação de uma diversidade e de uma maior representatividade dos grupos minoritários nos mais diversos domínios de atividade pública e privada.

De acordo, as ações afirmativas desempenhavam o real propósito, qual seja, o de criar as personalidades emblemáticas, sem distinções e discriminações de qualquer tipo que seja.

Noutras palavras, além das metas já mencionadas, essas ações instituiriam uma técnica institucional a fim de criar exemplos de mobilidade social. Vale dizer, aqueles representantes de algumas minorias serviriam de exemplo às gerações mais jovens, uma vez que teriam alcançado posições de poder e prestígio e, por sua vez, mostrariam a possibilidade

real destes entenderem a possibilidade de possuir carreiras e realizações pessoais, transpondo, portanto, obstáculos que antes seriam considerados por muitos como sendo intransponíveis à realização de seus sonhos e à concretização de seus projetos de vida.

De forma mais “esquemática” poderíamos resumidamente elencar quais são os reais objetivos das ações em tela discutidas, tais como: Aumentar a representatividade de grupos em desvantagem, concretizar a igualdade de oportunidades, reformar os mecanismos de composição do que é considerado como sendo mérito, criar personalidades emblemáticas, diminuir a importância da raça na vida social, induzir transformações de ordem jurídica, cultural e epistemológica através da promoção da diversidade enquanto valor e prática nos espaços coletivos, criar novos horizontes para grupos em desvantagem e, por fim, reparar danos causados por injúrias a grupos no passado e no presente.

Os diferentes efeitos das ações afirmativas pode ser que venha a passar a ideia de que ela seria considerada apenas como uma panaceia dos mais diversos problemas nacionais. Porém, estas devem ser entendidas como medidas de caráter temporário, que só serão efetivadas realmente com o decorrer do processo de equalização como um todo, dentro de um quadro de amplo acesso – de todos realmente – dos Direitos Fundamentais.

Em suma, portanto, com esta aceção de ações afirmativas, pode-se entender que estas atuam como uma espécie de mecanismo com o intuito de incentivar o aprimoramento de jovens integrantes de grupos minoritários e à educação, que de qualquer modo assistem ao constante bloqueio de seu potencial de criação, de inventividade e de motivação ao crescimento individual e conseqüente aprimoramento; tudo por serem vítimas das sutilezas de um sistema político, social, econômico e jurídico engendrado exatamente com a finalidade de mantê-los em exclusão.

6. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que o princípio da igualdade foi acolhido pela Constituição de 1988 em sua máxima extensão na história constitucional pátria. São diversos os dispositivos que possibilitam ao intérprete encontrar no texto, ponto de partida da interpretação, o substrato da isonomia em sentido formal e material.

Como se buscou demonstrar, a Carta Política não se contenta com a posição de neutralidade característica do Estado Liberal; cria, ao contrário, em diversos dispositivos, a obrigação de o legislador ordinário agir diretamente com o escopo de realizar a igualdade material, sem se limitar a vedar a discriminação arbitrária.

Por isso, o compromisso assumido pelo constituinte é radical o suficiente para que seja inevitável a assunção de riscos, pois, para implementar a igualdade de oportunidades, concebem-se, na Carta, instrumentais capazes até mesmo de restringir o alcance da própria isonomia em sentido formal.

Nesse paradoxo da igualdade em favor e contra a igualdade é que se fundam todos os argumentos favoráveis e todas as mais graves críticas que se fazem à ação afirmativa. De fato, toda a sustentação teórica da possibilidade de compatibilização de políticas afirmativas passará, necessariamente, pela identificação de uma discriminação pretérita que projete efeitos presentes e pela elaboração de instrumentos (normativos e de políticas executivas públicas) capazes de reverter uma situação de fato avessa ao direito com integridade de princípio.

Nesse particular, para exercitar-se um controle de constitucionalidade adequado sobre as medidas de ação afirmativa, os órgãos jurisdicionais precisam rasgar o seu véu de inocência, e enxergarem-se como atores fundamentais na realização dos objetivos constitucionais, ainda que para tanto seja necessário reformular a concepção de separação de poderes, dos limites do controle jurisdicional de constitucionalidade e até mesmo do limite de tolerância das omissões do legislador.

No presente contexto fático, é razoável supor que as medidas já adotadas pelo legislador no que tange às ações afirmativas de raça são necessárias para a tão propalada igualdade material. Para a sua eficácia restauradora, no entanto, dependerão mais do que da sua mera adequação: dependerão de uma redefinição do conceito de igualdade e, por que não dizer, do conceito de tolerância, em especial dos membros majoritários a quem as medidas possam soar como limitadoras do princípio da igualdade formal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES, *A Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3a Edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 11a Edição. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3a Edição. Coimbra: Almedina, 1999.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GLAZER, Nathan. Racial Quotas, in *Racial Preference and Racial Justice, Ethics and Public Policy Center*, Washington, 1991

GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro e São Paulo: 1a Edição, 2001

_____. *A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. Ano 38, n.º 151, jul.-set., p.129-151, 2001.

_____. Princípio da Isonomia: *Desequiparações Proibidas e Desequiparações Permitidas*. Revista Trimestral de Direito Público. n.º 1, 1993.

MELO, Mônica de. *O Princípio da Igualdade à Luz das Ações Afirmativas: O Enfoque da Discriminação Positiva*. Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 6, n.º 25, out.-dez. 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

RESKIN, Barbara. *Affirmative Action in Employment* - Washington: American Sociological Association, 1997, unpublished paper - Apud Rosana Heringer, Addressing race inequalities in Brazil: lessons from the US – Working Paper Series n° 237. Washington, DC: Latin American Program – Woodrow Wilson International Center for Scholars, 1999

ROCHA. Carmem Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa - O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica*. Revista Trimestral de Direito Público. n.º 15, p. 96-99, 1996.

SKRENTNY, John Davis. *The Ironies os Affirmative Action*, Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 6. In: Guimarães, Antônio Sérgio Alfredo. Políticas Públicas para a ascensão dos negros no Brasil: argumentando pela ação afirmativa. Revista Afro-Ásia, n. 18, Salvador: CEAO/EDUFBA. 1996, p. 241.