V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO

JUAN CERETTA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro 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 Naspolini 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

D598
Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Anderson Orestes Cavalcante Lobato, Juan Ceretta – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-256-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

Os trabalhos apresentados no CONPEDI Montevideo repercutiram diretamente na atualidade internacional -- notadamente na América Latina --, tendo em vista as ameaças aos direitos de cidadania conquistados com os processos de transição democrática do final do século vinte. De fato, para além das ameaças à democracia fruto da instabilidade dos governos eleitos pelo sufrágio universal, observa-se uma clara e constante ameaça aos direitos sociais: saúde, educação e trabalho.

Com efeito, concluído o processo de reconhecimento constitucional dos direitos sociais, econômicos e culturais -- denominados novos direitos no início do século vinte --, as transições democráticas estimularam a criação de políticas públicas de Estado de promoção da educação (ensino pública e gratuito); da saúde (Sistema Único de Saúde); do trabalho (seguro desemprego). O início do século vinte e um despertou o interesse pela criação de políticas de ação afirmativa, na medida em que grupos sociais vulneráveis se mobilizaram para reivindicar a igualdade de oportunidades.

Observou-se que o poder judiciário representou nesse momento um espaço democrático de pressão para a efetividade de políticas públicas, notadamente através das ações coletivas. De fato, o fenômeno da judicialização das políticas públicas cumpre um papel de controle e fiscalização da eficiência de uma política de governo. Contudo, o espírito conservador das instituições públicas (executivo, legislativo e judiciário) ameaça sobremaneira os avanços conquistados nas primaveras da democracia latino-americana. Repensar as instituições políticas exige romper com os ideais revolucionários do século XVIII (liberal, conservador e seguidamente antidemocrático) para construir um novo constitucionalismo latino-americano, capaz de atender às demandas de inclusão dos grupos sociais vulneráveis (povos indígenas e quilombolas), fortalecendo da democracia através de novas instâncias de participação e controle da coisa pública, tais como Tribunais constitucionais, controle externo do judiciário e orçamento participativo.

Prof. Dr. Anderson Orestes Cavalcante Lobato - FURG

Prof. Juan Ceretta - UDELAR

AÇÃO AFIRMATIVA: ELEMENTOS PARA UMA ANÁLISE CONCEITUAL

AFFIRMATIVE ACTION : ELEMENTS FOR A CONCEPTUAL ANALYSIS

Paulo Isan Coimbra Da Silva Junior [1]

Resumo

Há evidente dissenso quanto ao que exatamente se pretende designar com ação afirmativa no Brasil. Com o objetivo de oferecer uma base inteligível para as discussões sobre o tema, enfrentou-se a questão “O que é ação afirmativa?”. Em resposta ela foi delimitada como uma política transitória de redistribuição de bens e recursos a pessoas socialmente identificadas com um critério arbitrário de inferiorização, objetivando a superação da hierarquização e a formação de uma sociedade mais igualitária. Esta resposta conceitual foi construída a partir das técnicas de análise da linguagem propostas por John Wilson e teve como referencial teórico Ronald Dworkin.

Palavras-chave: Ação afirmativa, Conceito, Brasil

Abstract/Resumen/Résumé

There is clear disagreement as to what exactly will be designed with affirmative action in Brazil. In order to offer an intelligible basis for discussions on the subject, faced the question "What is affirmative action? ". In response it was defined as a transitional policy of redistribution of assets and resources to socially identified with an arbitrary criterion of inferiority, aiming to overcome the hierarchy and the formation of a more egalitarian society. This conceptual response was constructed from the analysis techniques of language proposed by John Wilson and had as theoretical Ronald Dworkin.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Affirmative action, Concept, Brazil

[1] Mestre e Doutorando em Direito Humanos pela Universidade Federal do Pará. Procurador do Trabalho.

1 INTRODUÇÃO

A igualdade é um ideal político extremamente caro às sociedades ocidentais democráticas; tanto que os movimentos constitucionalistas que se seguiram à revolução francesa tenderam irresistivelmente a incorporá-lo como princípio da ordem jurídica. Nestes mais de dois séculos de proclamação da igualdade, muito se avançou na compreensão das desigualdades e nas formas de combatê-la. Surgiram propostas de eliminação das diferenciações arbitrárias fundadas em classes econômico-sociais e das distinções baseadas na raça, no sexo ou na origem nacional ou regional.

Estas propostas não se limitaram à mera proibição de discriminação arbitrário. Exigiu-se uma postura, por assim dizer, mais ativa por parte do Estado na promoção dos grupos arbitrariamente discriminados. Destas reivindicações começam a delinear o que hoje se designa por ação afirmativa.

Não obstante o uso corrente da expressão ação afirmativa, inclusive em textos normativos (p. ex. art. 1º, VI, da Lei nº. 12.288/2010), percebe-se ainda considerável dissenso (ou mesmo incompreensão) quanto ao que exatamente se pretende designar com ela. Este fato efetivamente prejudica os debates jurídicos e políticos sobre o tema na medida que não permite diálogo em bases plena e mutuamente inteligíveis pelos participantes. E a situação se agrava, no contexto brasileiro, no qual há profusão disposições normativas associadas à ação afirmativa particularmente envolvendo gênero, raça, etnia e deficiência física.

Impõe-se, assim, a necessidade de levantar os elementos que permitam a construção de um conceito de ação afirmativa. Obviamente que a tentativa só logrará algum resultado útil se delimitar adequadamente o seu campo de incidência. Cabe, portanto, desde já explicitar que a proposta visa incidência no contexto dos debates políticos e jurídicos travados no Brasil. Isso sem perder de vista as normas em vigor, do contexto de construção e desenvolvimento destas normas, nem da influência de práticas estrangeiras.

É importante salientar que o trabalho recorrerá à teoria analítica da linguagem e, de forma mais imediata, às técnicas propostas por Wilson em seu livro *Pensar com conceitos*. O foco é identificar o uso central de ação afirmativa no contexto brasileiro. Para isso, além de isolar adequadamente a pergunta sobre conceito [em distinção aos juízos de valor (as ações afirmativas são boas?) ou juízos factuais (as ações afirmativas funcionam?)], lança-se mão da análise de exemplos de práticas, bem como dos contextos em que tais práticas são desenvolvidas.

Adiante-se também que a discussão tomará como referencial teórico Dworkin, em particular as obras *Levando os direitos a sério* (2002) e *Uma questão de princípios* (2005), com auxílio de Brito Filho (2016), especialmente os seus argumentos expostos na obra *Ações afirmativas*, a qual, além de trazer as experiências do autor na vivência das ações afirmativas brasileiras, lastreia-se em acurada compreensão do liberalismo de princípios assentado no pensamento de John Rawls, Ronald Dworkin e Amartya Sen.

Em síntese, pretende-se responder a seguinte pergunta: o que é ação afirmativa? Se a empreitada for bem-sucedida, fornecer-se-á um conceito suficientemente sólido com contornos claros para balizar as discussões sobre o tema no Brasil.

2 CONTEXTO GERAL DE SURGIMENTO

Passo importante para delimitar adequadamente a ação afirmativa é compreender o contexto de seu surgimento, ou seja, percebê-la em uma perspectiva histórica.

Com a crise do Estado Liberal Burguês – abstencionista convicto – e de sua "cláusula de igualdade perante a lei", vivenciam-se profundas reformulações econômicas, políticas e jurídicas. As desigualdades produzidas pelo capitalismo selvagem e a incapacidade do Estado neutro em resolvê-las ou, pelo menos, minorá-las levaram à negação prática dos princípios do liberalismo tanto à direita como à esquerda. Um novo consenso surge: o Estado deve intervir nas questões econômicas e sociais. Verifica-se, com isso, a transformação do Estado liberal no Estado social.

Nos países capitalistas centrais, esta nova concepção de Estado, sob a forma de Estado-Providência, foca suas políticas sociais e econômicas na desigualdade (SANTOS, 2006, p. 286). Aqui, a igualdade ganha nova feição, abrangendo aspectos mais concretos. O Estado assume a função de promover os direitos sociais (em sentido amplo) por meio de suas intervenções.

A complexidade das novas funções assumidas exige a reestruturação estatal e a sofisticação dos meios de intervenção. Mecanismos como as políticas fiscais redistributivas e de pleno emprego são implementadas; as políticas sociais ganham relevo. É neste quadro de ativismo estatal que nasce uma espécie de política pública bastante particular - e, se analisada segundo os princípios do liberalismo clássico, radical - conhecida como ação afirmativa.

A ampliação da concepção de igualdade reflete-se diretamente nos instrumentos jurídico-normativos disponíveis no combate à desigualdade. Isto porque, elementos ignorados sob a égide formal passam a ser considerados importantes na promoção da igualdade sob um enfoque mais amplo. Por exemplo, o acesso à educação, que não influenciara a situação dos indivíduos perante a lei, torna-se eixo básico das políticas estatais mais recentes, transformando-se em direito fundamental.

A ação afirmativa nasce, portanto, a partir da reavaliação das políticas sociais do Estado social. Percebe-se que os grupos sociais são heterogêneos e não comportam análise com base em conceitos homogeneizadores como o de classe social. A realidade é muito mais rica e os elementos a serem levados em consideração para a construção de políticas eficientes são variadíssimos. Como afirma Gomes (2001, p. 39):

> [...] ao invés de conceber políticas sociais públicas de que todos seriam beneficiados independentemente da sua raça, cor ou sexo, o Estado

> passa a levar em conta esses fatores na implementação das suas decisões, não para prejudicar quem quer que seja, mas para evitar que a discriminação, que inegavelmente tem um fundo histórico e cultural, e não raro se subtrai ao enquadramento nas categorias jurídicas clássicas, finde por perpetuar as iniquidades sociais.

Na esteira da sensibilidade aos sistemas de hierarquização social, as ações afirmativas utilizam-se de estratégia subversiva e de instrumentos pontuais. A subversão das ações afirmativas encontra-se na sua atitude de explicitar um elemento frequentemente usado para inferiorizar, tais como a raça negra ou o sexo feminino, e utiliza-o como critério para proporcionar vantagens a pessoas com ele identificadas em situações de competição. Estas vantagens materializam-se na forma de medidas pontuais, principalmente no trabalho e na educação.

2.1 Primeiros contornos

Ao longo de seu desenvolvimento, as políticas de ação afirmativa assumiram diferentes formas. Elas foram ações voluntárias ou de caráter obrigatório, de cunho governamental ou privado, baseadas em leis ou em orientações decorrentes de decisões jurídicas ou agências de fomento e regulação (MOEHLECKE, 2002, p. 199). Os destinatários dos benefícios previstos nas políticas de preferência também mudaram, ou melhor, expandiram-se, envolvendo grupos étnicos/raciais, mulheres, deficientes, velhos *etc*. Os instrumentos utilizados, por sua vez, não foram limitados a cotas. Silva (2005, p. 222-223) menciona: o estabelecimento de preferências, o sistema de bônus, os incentivos fiscais, as metas, as bolsas de estudos, os programas de estágio e capacitação profissional.

Além disto, há profundas divergências quanto à fundamentação das políticas de preferência. De forma ampla, pode-se dizer que em torno das discussões acerca dos fundamentos da ação afirmativa configuraram-se duas correntes,

> [...] visto que para alguns as políticas afirmativas de discriminação positiva teriam conteúdo reparatório, isto é, seriam destinadas a ressarcir prejuízos causados no passado a determinado grupo social. Uma outra corrente considera que as ações afirmativas caracterizam-se pela distribuição de direitos e vantagens entre aquela mesma parcela dita minoritária (SILVA, 2005, p. 92).

Esta diversidade de elementos leva a conceituações bastante amplas, tal como a proposta por Silva (2005, p. 62), para quem:

> [...] a discriminação positiva como políticas, de caráter temporário ou definitivo, concebidas tanto pelo poder público como pela iniciativa privada, de forma compulsória ou voluntária, direcionadas para uma determinada parcela da população excluída socialmente, em função de sua origem, raça, cor, gênero, compleição física ou mental, idade, etnia, opção sexual, religião, ou condição econômico-social, as quais objetivam corrigir ou, ao menos, minimizar as distorções ocorridas no passado e propiciar a igualdade de tratamento e de oportunidades no presente, em especial as relacionadas às áreas da educação, da saúde e do emprego.

Este tipo de conceituação, embora possua o mérito de explicitar claramente seus elementos constitutivos, é por demais extensa. No caso específico da proposta de Silva, contempla elementos que podem não ser essenciais à ideia de ação afirmativa. Talvez uma investigação mais detida dos programas de ação afirmativa permita, ao final, uma proposta de definição mais precisa.

3 INTRODUÇÃO E DESENVOLVIMENTO NO BRASIL

No Brasil, o termo mais difundido para designar as políticas de preferência é ação afirmativa, embora, como destaque Moehlecke (2002, p. 203), não haja consenso sobre qual o melhor termo. Não obstante o dissenso terminológico, o primeiro registro de discussão acerca do que hoje se poderia chamar de ação afirmativa data de 1968, quando técnicos do Ministério do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho manifestaram-se a favor da criação de uma lei que obrigasse as empresas privadas a manter um percentual mínimo de "empregados de cor". O percentual variaria entre 20%, 15% e 10% de acordo com o ramo de atividade e demanda. Tal medida foi apontada como "única solução para o problema da discriminação racial no mercado de trabalho" (MOEHLECKE, 2002, p. 204). Contudo, o projeto sequer foi elaborado.

Somente em 1983 surge o primeiro projeto de lei visando o estabelecimento de ações afirmativas. De autoria do deputado federal Abdias Nascimento, o projeto de Lei nº. 1.332, de 1983, propunha uma ação compensatória destinada a afrodescendentes por conta dos séculos de discriminação. Dentre as ações previstas destacam-se reserva de 40% das vagas (20% para mulheres negras e 20% para homens negros) nas seleções para o serviço público; bolsas de estudos; incentivos às empresas privadas para a eliminação de práticas de discriminação racial; incorporação da imagem positiva da família afro-brasileira ao sistema de ensino e à literatura didática e paradidática; e a introdução da história das civilizações africanas e do africano no Brasil (MOEHLECKE, 2002, p. 204).

Em 1988, com a nova Constituição, as ações afirmativas ganham novo impulso, não só porque o próprio texto constitucional incorporou medidas identificadas como ação afirmativa, tal qual a determinação do art. 37, VIII, de que "a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência [...]" (BRASIL, 1988, não paginado) ou o reconhecimento da proteção da mulher no mercado de trabalho mediante incentivos específicos como direito do trabalhador (art. 7º., XX); mas, principalmente, pelo fato de a Constituição Federal ter incorporado disposições entendidas como as bases normativas das políticas afirmativas. Dentre todos, o artigo 3º e seus incisos é o que melhor exerce este papel, ao dispor que:

> Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> I - Construir uma sociedade livre, justa e solidária;
> II - Garantir o desenvolvimento nacional;
> III - Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e,
> IV - Promover o bem estar de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988, não paginado).

Ao lado destes dispositivos, outras regras complementam o quadro constitucional. Dentre elas, destaca-se: art. 5º, LXXIV; art. 7º, XXX e XXXI; art. 23, X; art. 170, VII e IX; art. 230, V; art. 206, I; art. 208, III; art. 227, § 2º; art. 230, § 2º; e, art. 231. Além, evidentemente, do *caput* do art. 5º.

Portanto, com a nova situação normativa viu-se a proliferação de medidas de preferência. No plano legislativo infraconstitucional pode-se destacar: a Lei nº. 8.666/93, que instituiu normas sobre licitações e contratos da administração pública, em seu art. 24, XX (inciso incluído pela Lei nº. 8.883/94), previu a possibilidade de dispensa de procedimento licitatório na contratação de associação de pessoas com deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado (BRASIL, 1993, não paginado); a Lei nº. 10.741/03, que instituiu o Estatuto do Idoso, trouxe um extenso rol de prioridades destinadas às pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos (BRASIL, 2003, não paginado); Lei nº. 11.096/2005, resultante da conversão da medida provisória nº. 213/04, que instituiu o Programa Universidade para Todos (PROUNI), voltado ao fornecimento de bolsas de estudos aos estudantes brasileiros (professores da rede pública, negros, indígenas, deficientes físicos, bolsistas de escola particular) que não possuam o diploma de curso superior

(BRASIL, 2005, não paginado); por fim, a que se mencionar a Lei nº. 12.711/2012, que reservou vagas na universidades e escolas técnicas federais (BRASIL, 2012, não paginado) e a Lei n. 12.990/2014, que reservou aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União (BRASIL, 2014, não paginado).

4 EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS

As denominações utilizadas para designar as políticas de tratamento preferencial são diversas. Sowell (2004, p. 2) diz que estas políticas recebem o nome de "ação afirmativa" nos Estados Unidos, "discriminação positiva" na Inglaterra e na Índia, "padronização" no Sri Lanka, "reflexos do caráter federal do país" na Nigéria e "preferência aos filhos da terra" na Malásia e na Indonésia, bem como em alguns estados da Índia".

No plano do Direito Internacional é possível encontrar disposições relativas às políticas de ação afirmativa. Piovesan destaca duas convenções patrocinadas pela Organização das Nações Unidas. A primeira é a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, que em seu art. 1º. § 4º, trata da possibilidade de discriminação positiva mediante a adoção de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos e indivíduos, visando sua ascensão social até o nível de equiparação com os demais. O Segundo documento é a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que, nas palavras desta autora, [...] contempla a possibilidade jurídica de uso das ações afirmativas, pela qual os Estados podem adotar medidas especiais temporárias, visando a acelerar o processo de equalização de *status* entre homens e mulheres (PIOVESAN, 2005, p. 49-50).

No plano interno é possível encontrar tratamentos preferências em países como Israel, China, Austrália, Ilhas Fiji, Canadá, Paquistão, Nova Zelândia e ex-repúblicas soviéticas (SOWELL, 2004, p. 2).

4.1 Estados Unidos da América

A situação dos Estados Unidos da América constitui-se em verdadeiro caso-modelo para análise da ação afirmativa, sobretudo em razão da fortíssima influência que as práticas americanas exercem no Brasil.

Saliente-se que o primeiro documento público de destaque que fez uso da expressão ação afirmativa (*affirmative action*) nos EUA foi, segundo Silva (2005, p. 67), a *Executive Order* n°. 10.925, de 06 de março de 1961, no Governo do Presidente John Fitzgerald Kennedy. Esta *Executive Order* estabeleceu a Comissão Presidencial sobre Igualdade de Emprego e vedou a prática de discriminações contra funcionários ou candidatos a empregos, em função de sua raça, credo ou nacionalidade, nos contratos firmados com a Administração Federal. Ainda segundo Silva (2005, p. 67), em 1963, Lyndon B. Johnson assumiu a Presidência dos Estados Unidos e adotou medidas mais efetivas contra a discriminação. São exemplos destas medidas: o *Civil Right Act* (Leis de Direitos Civis), de 2 de julho de 1964, que proibiu condutas que iam da segregação em locais públicos até a discriminação no mercado de trabalho com base na raça, cor, sexo ou origem; e a *Executive Order* n°. 11.246, de 24 de setembro de 1965, que exigia dos contratantes com o Governo federal, além do fim das práticas discriminatórias, a adoção de medidas favoráveis em relação às minorias raciais e étnicas, na área de recrutamento, contratação, salários *etc.*

A despeito de uma elaboração futura mais sofisticada, as ações afirmativas foram inicialmente definidas como um mero encorajamento por parte do Estado. Este encorajamento tinha por meta, no entender de Gomes (2001, p. 39), "[...] 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".

Nas décadas de 1960 e 1970, as ações afirmativas passaram a ser associadas à realização da igualdade de oportunidades através da imposição de cotas rígidas de acesso de representantes das minorias a determinados setores do mercado de trabalho e a instituições educacionais. E só recentemente as ações afirmativas passaram a ser entendidas como um conjunto de políticas (GOMES, 2001, p. 39).

Na experiência norte-americana, os debates desenvolvidos em torno dos casos levados à apreciação dos tribunais, principalmente da Suprema Corte, são muito significativos para a compreensão da conformação dos programas de ação afirmativa.

Em que pese a grande controvérsia entorno do caso *DeFunis v. Odegaar*, no qual se questionava o programa de admissão preferencial da Faculdade de Direito da Universidade de

Washington, foi apenas na década de 1970 que a Suprema Corte se pronunciou acerca do mérito dos programas de ação afirmativa. Isto se deu em 1978, no caso *Regents of The University of Califórnia v. Bakke*.

Neste caso - que se tornou *Leasing case* em matéria de ação afirmativa no direito norte-americano - discutiu-se o programa de admissão da Escola de Medicina da Universidade da Califórnia. Até então nem uma ação fora acompanhada tão de perto ou debatida pela imprensa norte-americana ou internacional antes da decisão do Tribunal (DWORKIN, 2002, p. 347).

Segundo Dworkin (2002, p. 347), a Escola de Medicina tinha um programa de ação afirmativa (chamado de "programa força-tarefa") com o "intuito de admitir mais estudantes negros e de outras minorias". Para tanto, criou-se uma reserva de dezesseis vagas, no universo de cem, para as quais somente poderiam concorrer membros de "minorias em desvantagem educacional e econômica". Allan Bakke, branco, candidatou-se a uma das oitenta e quatro vagas restantes. Ele foi rejeitado, mas, como as suas notas foram relativamente altas, a Escola de Medicina não pôde provar que ele seria rejeitado se, ao invés das oitenta e quatro, estivesse franqueado a totalidade das vagas, ou seja, as cem.

Inconformado, Allan Bakke promoveu uma ação, argumentado que o "programa de força-tarefa" o havia privado de seus direitos constitucionais. Acolhendo a posição de Bakke, a Suprema Corte da Califórnia ordenou a Escola de Medicina que o admitisse e proibiu as universidades da Califórnia de utilizar a raça como critério de admissão. Então, a Universidade recorreu à Suprema Corte dos EUA.

Em julgamento histórico, a Suprema Corte legitimou os programas de ações afirmativas, sob certas condições, reconhecendo que o elemento raça poderia ser considerado juntamente com outros elementos nos procedimentos de admissão às universidades. Contudo, o sistema de cotas rígidas da Escola de Medicina foi considerado violador do Título VI do *Civil Right Act*[1]. Como lembra Dworkin (2005, p. 453), A decisão do Supremo Tribunal em *Bakke* foi recebida pela imprensa e boa parte do público com grande alívio, como um ato de competência judicial que deu a cada parte do debate nacional aquilo que ela parecia mais desejar.

Isto porque, de um lado, os detratores das ações afirmativas tomaram a vitória de Bakke como indicação de que esses programas podem muitas vezes exagerar; e, de outro, os

1 Este título prevê que ninguém pode deixar de ser beneficiado por programas financiados com recursos federais em razão da raça, cor ou origem nacional.

partidários das políticas de preferência ficaram aliviados com admissão de que os objetivos das ações afirmativas podiam ser buscados.

Em 2003, dois novos casos discutindo programas de ação afirmativa foram submetidos à Suprema Corte. No primeiro Jennifer Gratz e Patric Hamacher ingressaram com ação judicial alegando que foram prejudicados pelo uso de preferências raciais pela Escola de Literatura, Ciências e Artes da Universidade de Michigan em seu processo de admissão e que isto violava a cláusula de igual proteção da Décima Quarta Emenda da Constituição e a Lei de Direitos Civis de 1964. O referido programa considerava fatores como: qualidade da *high school*, currículo, interação com os demais alunos, liderança e raça. Em função deste último fator, os candidatos afro-americanos, hispânicos e nativos americanos, por serem considerados minorias sub-representadas, recebiam automaticamente 20 pontos, no total de 100 necessários para garantir a admissão (SILVA, 2005, p. 109).

A Suprema Corte, embora não tenha se oposto aos objetivos do programa, entendeu que ele seria inapropriado, uma vez que determinava a distribuição automática de 1/5 dos pontos necessários para a admissão unicamente em função da raça. Assim, no caso "Gratz and Hamacher v. Billinger", a Suprema Corte julgou inconstitucional o programa de admissão da Escola de Literatura, Ciência e Artes da Universidade de Michigan por seis votos a três (SILVA, 2005, p. 110).

No segundo caso, conhecido como "Grutter v. Bollinger", apreciou-se o programa de admissão do Curso de Direito da Universidade de Michigan. Este programa focaliza-se na habilidade acadêmica dos estudantes (aferida a partir dos testes de admissão e de redação) e na avaliação do talento, experiências e referências pessoais de cada candidato. Como narra Silva (2005, p. 111), o referido Curso ainda tem, como política,

> [...] o compromisso com a inclusão de estudantes afro-americanos, hispânicos e nativos americanos, o que inclui a avaliação de aspectos raciais e étnicos, de forma a inscrever uma 'massa crítica' (*a critical mass*') de uma minoria de estudantes de baixa representatividade.

Por ter a sua admissão recusada no Curso de Direito, Barbara Grutter questionou, judicialmente, a utilização do critério racial pela Universidade de Michigan, sustentando ofensa à cláusula constitucional de igual proteção e ao Título VI da Lei de Direitos Civis. Em primeira instância, Barbara Grutter obteve decisão favorável, mas que foi revertida pela Corte de Apelação do Sexto Circuito. Após recurso, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu - por cinco votos a quatro - pela constitucionalidade do programa de "massa crítica" do Curso de

Direito da Universidade de Michigan, confirmando, portanto, a decisão do Tribunal de Apelação.

Destas quase quatro décadas de debates sobre as ações afirmativas na Suprema Corte, que influenciaram sobremaneira o pensamento jurídico e as ações políticas, o resultado mais importante pode ser resumido nas seguintes palavras de Silva (2005, p. 115):

> Da análise dos casos Bakke e Grutter, o que se percebe é que a Suprema Corte dos EUA, nessas duas oportunidades históricas, decidiu que as políticas de ações afirmativas são constitucionais, mas devem se restringir a certos parâmetros.

Denota-se, portanto, grande preocupação em não criar preferências injustas, ou seja, busca-se proporcionar igualdade a determinados grupos sem o sacrifício da igualdade - fundamento último das ações afirmativas.

5 CONCLUSÃO: O CONCEITO DE AÇÃO AFIRMATIVA E SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Das sucessivas exposições acima, consubstanciadas em exemplos e contextos, é possível elaborar um resposta para a questão "o que é ação afirmativa?" Pode-se conceituá-la como uma política transitória de redistribuição de bens e recursos a pessoas socialmente identificadas com um critério arbitrário de inferiorização, objetivando a superação da hierarquização e, consequentemente, a formação de uma sociedade mais justa ou igualitária.

Esta proposta visivelmente mais sucinta que a sugerida por Silva (2005), por exemplo, é decomponível em seis elementos.

O primeiro elemento a ser destacado é sua natureza de política. Este termo é utilizado aqui no sentido de um conjunto de atos articulados voltados à realização de um fim determinado, o que, aliás, está bem próximo do sentido exposto por Comparato (1997, p. 18), para quem "A política, enquanto conjunto de normas e atos, é unificada pela sua finalidade". Importa ressaltar neste elemento a ínsita perspectiva de planejamento. Entender as ações afirmativas como uma espécie do gênero política significa recusar a atos isolados e casuísticos o *status* de discriminação positiva. Por exemplo, a mera contratação de pessoa com deficiência não significará ação afirmativa se o empregador não tomar outras medidas no sentido de viabilizar as condições de trabalho a este trabalhador.

Outro elemento é a transitoriedade. Esta ideia é inerente às ações afirmativas. Esta espécie de política deve ser transitória, pois, do contrário, negaria a sua capacidade de eliminar

as inferiorizações arbitrárias e, consequentemente, negaria a sua própria utilidade. Como decorrência lógica deste argumento, surge outro. Se as políticas afirmativas realmente funcionam, em dado momento elas serão desnecessárias. Contudo, se elas forem tidas como permanentes, ao invés de promover igualdade, elas passarão a produzir situações de privilégio injustificável. Destaque-se ainda que medidas temporárias não significam, obrigatoriamente, medidas de curto prazo. Como consta em documento de trabalho da Organização Internacional do Trabalho (OIT), redigido por Manuela Tomei, na Índia, as medidas afirmativas foram implementadas em 1950 para durar apenas dez anos, mas permanecem em vigor ainda hoje (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2008, p. 16-17).

Destaque-se também o caráter redistributivo. Ao mencionar o elemento "redistribuição de bens e recursos", visa-se distinguir os programas de ação afirmativa das medidas meramente sancionatórias, que caracterizam o modelo repressor ou de mera proibição. As medidas de discriminação positiva são intrinsecamente proativas. Elas buscam a promoção das pessoas inferiorizadas arbitrariamente por meio do acesso a recursos e bens ordinariamente não franqueados a estas pessoas. Estes "recursos e bens" variam de acordo com o contexto. Na área educacional, por exemplo, eles assumem a forma de bolsas de estudos, auxílio-transporte, programas de tutoria e outras formas de assistência estudantil. Mas, em todo o caso, o elemento "redistribuição de bens e recursos" deve apresentar-se nas políticas que se pretendem afirmativas.

O quarto elemento constitutivo está relacionado aos destinatários deste tipo de política, o qual pode ser traduzido como "Pessoas socialmente identificadas com um critério arbitrário de inferiorização" (ou membros de grupos vulneráveis). Este é o elemento singularizador das políticas de ação afirmativa, principalmente em relação às políticas sociais ordinárias. Isto porque as medidas afirmativas assumem a atitude de explicitar os critérios frequentemente usados para inferiorizar, tais como a raça negra ou o sexo feminino, e utilizá-los como critérios para proporcionar vantagens a pessoas com eles identificados. Assim, em um contexto marcado pela submissão de pessoas a condições desfavoráveis pelo simples fato de serem identificadas como pertencentes à raça negra, os programas de ação afirmativa vão proporcionar os recursos necessários a pessoas negras, para que elas superem a condição de inferioridade a qual estão submetidas.

Outro elemento está vinculado à acentuada preocupação com a superação de hierarquizações arbitrárias. Este elemento remete aos objetivos das políticas afirmativas. Estes objetivos variaram de acordo com o tipo de hierarquização que se combate e com a área em que se combate. No contexto norte-americano racialmente sensível exposto por Dworkin (2005, p.

439), objetivou-se: (a) imediatamente aumentar o número de membros de certas raças em profissões lucrativas, gratificantes e prestigiadas; e, (b) a longo prazo pretende-se reduzir o grau em que a sociedade norte-americana, como um todo, é racialmente consciente. No entanto, independentemente do contexto e das estratégias usadas, é razoável afirmar que as ações afirmativas têm como objetivo superar os sistemas de hierarquização sobre os quais incidem.

Por fim, tem-se o elemento de justiça. Este elemento busca registrar o fundamento das políticas afirmativas. Como destaca Brito Filho (2016, p. 32), estas políticas não podem ser pensadas com propósito compensatório ou reparatório. Elas estão a serviço do objetivo de buscar uma sociedade em que a igualdade esteja além da igualdade formal. Elas buscam uma distribuição efetivamente igualitária dos recursos existente. Pode-se dizer que as medidas afirmativas se assentam em uma proposta ontológica, que Dworkin (2002, p. 368) chama de argumentação ideal. Esta proposta baseia-se no argumento de que uma sociedade mais igualitária será uma sociedade melhor, mesmo que contrarie as preferências preconceituosas de seus membros. A propósito, Dworkin (2002, p. 368-369) sustenta que um programa de ação afirmativa se justifica unicamente se servir a uma política adequada, que respeite o direito de todos os membros da comunidade de serem tratados como iguais. Assim, ao se decidir distribuir os recursos, levando em consideração critérios raciais, sexuais, etários, *etc*., se decide não porque isto melhoraria o nível de satisfação da sociedade ou recompensaria os que têm mérito ou os que sofreram discriminação ancestral, mas sim porque é justo em si mesmo.

A proposta conceitual acima delineada tem potencial para reduzir o dissenso e servir de base as discussões políticas e jurídicas no Brasil, na medida em que explicita os seus elementos constitutivos e delimita claramente seus contornos. Resta evidente sua diferença em relação a outras formas de ação estatal no combate ao tratamento desigual arbitrário, bem como sua estratégia peculiar de atuação. Além de se coadunar com a realidade jurídica e política brasileira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 fev. 20016.

_____. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 29 nov. 2015.

_____. **Lei n. 10.741, de 1 de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 29 nov. 2015.

_____. **Lei n. 11.096, de 13 de janeiro de 2005**. Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior; altera a Lei no 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/L11096.htm>. Acesso em: 29 nov. 2015.

_____. **Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012**. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm>. Acesso em: 29 nov. 2015.

_____. **Lei n. 12.990, de 9 de junho de 2014.** Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm>. Acesso em: 29 nov. 2015.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Ações afirmativas**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 737, mar. 1997.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução. Nelson Boeira. São Paulo: M. Fontes, 2002.

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

MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. **Cadernos de Pesquisa.** São Paulo, n. 117, p. 197-216, nov. 2002.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Ação afirmativa para igualdade racial**: características, impactos e desafios. Disponível em: < http://www.ilo.org/brasilia/lang--pt/index.htm >. Acesso em: 29 nov. 2015.

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**. São Paulo, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. **Discriminação positiva**: ações afirmativas na realidade brasileira**.** Brasília: Brasília jurídica, 2005.

SOWELL, Thomas. **Ação afirmativa ao redor do mundo**: um estudo empírico. Tradução. Joubert de Oliveira Brízida. Rio de janeiro: Universidade Editora, 2004.

WILSON, John. **Pensar com conceitos**. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2005.