

DISCRIMINAÇÃO POSITIVA E AS AÇÕES AFIRMATIVAS: EQUALIZAÇÃO E REPARAÇÃO HISTÓRICA DAS MINORIAS ESTIGMATIZADAS PELAS MEDIDAS POSITIVAS DE INCLUSÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

Luis Claudio Martins Araujo¹

Tiago Machado Viegas²

Resumo

O presente artigo cuida de traçar os principais aspectos acerca da concepção e aplicação das Ações Afirmitivas no alcance da verdadeira igualdade jurídica. Também trata de analisar a compatibilidade do modelo constitucional brasileiro com essas medidas de política positiva, que visam à inclusão de grupos minoritários no serviço público do País, de forma a conceder uma resposta concreta às desigualdades econômicas e sociais que marcam a história do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Afirmitiva. Igualdade. Justiça. Serviço Público.

INTRODUÇÃO

As ações afirmativas são medidas de promoção social utilizadas para a correção de desigualdades econômicas, sociais e culturais. Nesse sentido, a criação dessas políticas positivas decorre da interpretação substantiva do princípio da igualdade e sua aplicação está relacionada à promoção de grupos minoritários, redistribuição de bens sociais ou à inclusão de pessoas que se encontram em situação fática desfavorável. Na experiência nacional, a aplicação das ações afirmativas se direcionou, amplamente, como instrumento de acesso ao ensino superior. A cota, modalidade de ação afirmativa mais difundida no país, foi utilizada como forma de resposta às desigualdades advindas do contexto histórico-racial na tentativa de se adotar um sistema capaz de

¹ Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com período sanduíche na University of Cambridge(Cambridge). Academic Visitor pela University of Oxford(Oxford). Visiting Fellow pelo Lauterpacht Centre for International Law da University of Cambridge(Lauterpacht Centre). Visiting Researcher pela Fordham University School of Law (Fordham). Especialista em International Environmental Law pelo United Nations Institute for Training and Research(UNITAR) com extensão em Private International Law pela Hague Academy of International Law (HAIL) e em International Law pela Organization of American States/Inter-American Juridical Committee (OAS/IAJC). Professor da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Membro da Advocacia-Geral da União (AGU). Ex-Advogado do Departamento Jurídico da PETROBRAS (Petróleo Brasileiro S.A). E-mail: luis.araujo@agu.gov.br

² Residente Jurídico da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE). Graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). E-mail: tgviegas@gmail.com

assegurar a integração, bem como a promoção de sujeitos estigmatizados. Do mesmo modo, entre os Estados e Municípios da Federação, surgiram diplomas legais a fim de promover o acesso das minorias ao serviço público do país. Em nível federal, a Lei nº 12.990, sancionada em 09 de Junho de 2014, pela Presidente Dilma Rousseff, tratou de assegurar a reserva de 20% das vagas em concursos públicos aos autodeclarados negros, sendo compreendidos nesse conceito os pretos e pardos, conforme a classificação adotada pelo IBGE. Desse modo, sem pretensões de esgotar o tema, o presente artigo tem por objetivo traçar um panorama geral acerca das ações afirmativas, a fim de se verificar a possibilidade de extensão dessas medidas ao campo do serviço público. Do mesmo modo, busca-se verificar a legitimidade na adoção exclusiva do critério racial como aspecto definidor de aplicação da ação afirmativa em sede de medida reparatória, bem como entender se esta é a melhor forma de solução às desigualdades histórico-sociais que permeiam a realidade brasileira.

A CONSTRUÇÃO TEÓRICA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

O conceito de ações afirmativas é amplo e abarca um conjunto de políticas e práticas que têm por objetivo a concretização da ideia de justiça como forma de resposta às desigualdades econômicas e histórico-sociais.³ Segundo a perspectiva doutrinária estabelecida por Joaquim Barbosa, as ações afirmativas podem ser entendidas como “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”⁴.

A igualdade, presente em ambos os conceitos, é o vetor exegético que permite compreender a finalidade dessas medidas, bem como a justificativa de sua adoção frente às diferentes formas de discriminação, visando identificar e integrar indivíduos ou grupos que, por razões históricas, econômicas ou sociais, encontram-se à margem da sociedade.

A ideia de ação afirmativa, portanto, está intimamente ligada à concretização da justiça, compreendida como expressão de equidade. Nesse aspecto, destaca-se a construção filosófica de John Rawls no consenso por ele denominado “posição original”. O autor utiliza-se da visão contratualista, para descrever um estágio ideal no qual os homens, abstendo-se de todas as ideias pré-concebidas, disporiam de um espaço de livre deliberação a fim de moldar os princípios de uma sociedade justa⁵.

Segundo a perspectiva Rawlsiana, os homens deveriam encontrar um ponto de vista distanciado, isto é, não deformado pelo contexto em que estão inseridos, a fim de que pudessem atingir um acordo equitativo

³ Políticas de ação afirmativa são medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam promover a igualdade substancial, através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável, e que sejam vítimas de discriminação e estigma social. Cf. SARMENTO, 2007. p. 202.

⁴ GOMES, 2001. p. 21.

⁵ RAWLS, 2000. p. 218.

formado por pessoas livres e iguais⁶. A esse ponto de vista distanciado Rawls denominou “véu de ignorância”, que constitui a posição original⁷. Segundo o filósofo, esvaziando-se o homem de seus preceitos, seriam eleitos os princípios formadores da estrutura básica de uma democracia constitucional moderna⁸. Partindo dessa perspectiva, o primeiro princípio originado nesse contexto ideal estabelece que “cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras⁹”. Por sua vez, o segundo princípio na construção do regime democrático justo, trataria de organizar as desigualdades econômicas e sociais, visto que “as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo:

1. Consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e
2. Vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.”¹⁰

Desse modo, uma vez afastadas as contingências sociais pela “posição original”, a liberdade e a igualdade seriam eleitas como fruto do acordo equitativo entre os homens, sendo a “desigualação” um desdobramento necessário ao primeiro princípio e cujo objetivo trataria de eliminar as desigualdades ocorridas na distribuição dos bens primários. Nesse contexto, Rawls estabelece que a justificativa para o uso da desigualdade, concebida como forma de limitação das liberdades básicas, estaria embasada no reconhecimento de um conflito entre duas ou mais liberdades básicas¹¹. A partir dessa construção, é possível inferir que a liberdade - e os demais bens primários que dela decorrem - não são concebidos como princípios absolutos, uma vez que poderiam ser relativizados quando confrontados com outros princípios de mesmo grau primário.

Insta salientar, entretanto, que ao tratar dos princípios básicos formadores da sociedade justa, o filósofo político não abrange as liberdades da doutrina do *laissez-faire*¹². Para o autor, apenas com a soma da garantia da liberdade e a distribuição igualitária dos bens primários, levando-se em consideração as posições de autoridade e a igualdade de oportunidades, seria possível aproximar-se da ideia de justiça¹³.

Em síntese, Rawls estabelece que “todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, (...) devem ser distribuídos igualitariamente a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses

⁶ “Os termos equitativos da cooperação social são concebidos como sendo aqueles sobre os quais se põem de acordo os participantes, isto é, pessoas livres e iguais enquanto cidadãos nascidos na sociedade em que vivem. Entretanto, seu acordo, como qualquer outro acordo válido, deve ser obtido em condições apropriadas. Em especial, tais condições devem tratar de modo equitativo essas pessoas livres e iguais e não devem permitir que alguns tenham mais trunfos do que outros na negociação. Além disso, devem-se excluir as ameaças da força e da coação, o logro e a fraude, e assim por diante.” RAWLS, 2000. p. 219.

⁷ Idem.

⁸ RAWLS, 2000. p. 203.

⁹ RAWLS, 1997. p. 64.

¹⁰ Idem.

¹¹ RAWLS, 1997. p. 65.

¹² Associada a figura de Adam Smith, essa concepção liberal pregava a autonomia do mercado para se autorregular, sem a necessidade intervenção do Estado. Os defensores do *laissez-faire* acreditavam na capacidade do mercado para, por sua própria atuação, transformar interesses individuais em benefícios sociais.

¹³ RAWLS, 1997. p. 66.

valores traga vantagens para todos”¹⁴. Dessa forma, não seria injusto organizar a desigualdade se esta conduta importasse na melhoria de todos em comparação a posição inicial.

No mesmo sentido, Robert Alexy ressalta que se não houver um fundamento qualificado para a diferenciação, sua aplicação seria arbitrária.¹⁵ Nesse sentido, ressalta o referido autor “de tudo isso se infere a necessidade de haver uma razão suficiente que justifique uma diferenciação, e também que a qualificação dessa razão como suficiente é um problema de valoração.”¹⁶ De forma que, diante da ausência de fundamentação justificável ao tratamento diferenciado, a regra da igualdade deve ser mantida.

Desse modo, os princípios da liberdade e igualdade, organizados em série, não permitiriam que bens sociais primários fossem mitigados em troca de bens secundários, ganhos econômicos ou em favorecimento à individuação particular. E esse é um importante fator que diferencia a filosofia de Rawls da teoria pretensamente igualitária denominada utilitarismo, que “em sua formulação mais simples, afirma que o ato ou procedimento moralmente correto é aquele que produz a maior felicidade para os membros da sociedade.”¹⁷ Segundo essa doutrina moral tradicional, a maximização do bem-estar humano é alcançada quando se confere igual peso ao bem-estar de cada pessoa, satisfazendo suas preferências individuais.

Nota-se, entretanto, que a falha do raciocínio utilitário está calcada, justamente, em desconsiderar que as preferências individuais possam se apresentar – eventualmente - de maneira equivocada. Nesse contexto, ao se maximizar a utilidade, torna-se plenamente possível que um alto grau de interesses confluentes seja atingido. Entretanto, esse movimento agregador das vontades individualmente compatíveis, também pode vir a contribuir para a exclusão de obrigações especiais, para com os que se encontram em situação desfavorável, ou mesmo a inclusão de preferências que não deveriam ser consideradas, tendo em vista a carga preconceituosa e discriminatória a elas inerentes. Em suma, a maximização de interesses utilitários convergentes permite a tomada de decisões cuja aplicação conflite com os interesses de determinados grupos minoritários, aniquilando, pois, a possibilidade na concretização das preferências que lhes seriam próprias, caso fossem levadas em consideração.¹⁸

Desse modo, embora o utilitarismo preocupe-se com o resultado impessoalmente melhor, ao fazê-lo, tem a potencialidade de tornar-se uma doutrina generalista, que ignora a existência de relações substancialmente desiguais, bem como o fato de que nem todas as preferências possuem peso moral legítimo, seja pelo seu caráter

¹⁴ Idem.

¹⁵ ALEXY, 2008. p. 408.

¹⁶ Idem.

¹⁷ KYMLICKA, 2006. p. 11.

¹⁸ “As preferências de algumas pessoas não serão satisfeitas se estiverem em conflito com o que maximiza a utilidade de maneira geral. Isso é infeliz. Mas, como os vencedores necessariamente ultrapassam o número de perdedores, não há nenhuma razão pela qual as preferências dos perdedores devam ter precedência sobre as preferências mais numerosas (ou mais intensas) dos vencedores. Para o utilitário, quantidades iguais de utilidade têm importância igual, independentemente de quem a utilidade beneficie.” Cf. KYMLICKA, 2006. p. 25.

egoísta ou por um equívoco na formulação do cálculo utilitário, motivado pela falsa consciência no momento de se posicionar por determinada escolha social.¹⁹

Dessa forma, depreende-se que as condições formadoras de cada sociedade, não devem ser desconsideradas no processo de articulação para a correção de contingências sociais. O utilitarismo, ao desconsiderar as peculiaridades de cada pessoa e, por consequência, de toda uma sociedade, vai de encontro a própria ideia de justiça, uma vez que – por se apresentar como uma doutrina pretensamente neutra – pode conduzir a uma ditadura da maioria, tornando possível a produção de certas violações de direitos, de uma minoria, em nome do bem-estar majoritário e geral²⁰.

Nesse contexto, é importante destacar que o “véu de ignorância” idealizado por Rawls não descaracteriza os valores solidificados em cada sociedade, tampouco conduz a uma deliberação majoritária. A função da “posição original” Rawlsiana é a de estabelecer um debate franco, onde o diálogo possibilite uma troca livre e igualitária de ideias, considerando as convicções ponderadas da sociedade para a construção da justiça que se pretende estabelecer.²¹

Ademais, importa salientar que dentre os postulados que se propõem a explicar a natureza das ações afirmativas destacam-se dois, são eles, o da justiça compensatória e o da justiça distributiva. A teoria na qual se apoia a justiça compensatória tem por escopo explicar a adoção de ações afirmativas para correção dos efeitos gerados nas sociedades que, por longo tempo, foram subjugadas por aspectos discriminatórios. Nesse contexto, a compensação seria o meio pelo qual a justiça se efetivaria, remediando as injustiças pretéritas, sendo seus efeitos retroativos ao ponto de partida na distribuição de vantagens sociais.²²

No Brasil, a realidade escravocrata que permaneceu até 1888, conferiu aos negros uma herança de preconceito e discriminação, incutindo no imaginário nacional a crença na existência de raças. Guardadas as peculiaridades de cada caso, injustiças também foram praticadas para com os indígenas, as mulheres e outros

¹⁹ “O utilitarismo é um exemplo bem conhecido dessas doutrinas, pois se diz comumente que o princípio de utilidade, qualquer que seja a sua formulação, vale para todos os tipos de objetos, desde ações individuais até o direito público internacional. O ponto essencial é que, em matéria de prática política, nenhuma concepção moral geral pode fornecer um fundamento publicamente reconhecido para uma condição da justiça no quadro de um Estado democrático moderno. As condições históricas e sociais desses Estados têm suas origens nas guerras de religião que se seguiram à Reforma e no desenvolvimento posterior do princípio de tolerância, assim como no progresso do governo constitucional e das instituições próprias das economias de mercado industriais de grande escala.” Cf. RAWLS, 2000. p. 204.

²⁰ GARGARELLA, 2008. p. 11.

²¹ “(...) uma concepção de justiça só poderá alcançar esse objetivo se proporcionar um meio razoável de unificar numa doutrina coerente as bases do acordo mais profundas que estão enraizadas na cultura política pública de um regime constitucional e que são aceitáveis do ponto de vista das suas convicções mais ponderadas e mais sólidas.” Cf. RAWLS, 2000. p. 210.

²² “(...) ao adotarem os programas de preferência em prol de certos grupos sociais historicamente marginalizados, essas sociedades estariam promovendo, no presente, uma “reparação” ou “compensação” pela injustiça cometida no passado aos antepassados das pessoas pertencentes a esses grupos sociais. Tal reparação se justificaria na medida em que o processo de marginalização social tem uma inegável inclinação perenizante. O preconceito e a discriminação oficial ou “social” de que foram vítimas as gerações passadas tendem inexoravelmente a se transmitir às gerações futuras, constituindo-se em um insuportável e injusto ônus social, econômico e cultural a ser carregado, no presente, por essas novas gerações.” Cf. RAWLS, 2000. p. 62.

grupos ainda considerados minoritários em matéria de representatividade social. Em consequência, os efeitos desses períodos da história brasileira se protraem no tempo, afetando os mais diversos seguimentos até os dias atuais. É possível, portanto, observar, com clareza, os efeitos gerados por ações discriminatórias passadas quando se analisa a desproporcional presença de minorias nas instituições educacionais, bem como nas dificuldades de acesso ao mercado de trabalho, enfrentadas pelos membros desses grupos. A privação dos meios necessários, para uma educação de qualidade, gera um lapso social capaz de influenciar todo o desenvolvimento de uma vida futura, causando uma zona de competição desigual, onde os representantes de grupos em situação desfavorável não têm acesso às oportunidades que naturalmente seriam possíveis, não fosse a barreira construída ao longo da história.²³

O sistema compensatório baseia-se, pois, em fatos ocorridos no passado, buscando instituir mecanismos para a garantia de justiça no presente, pois, ainda que as razões primárias originadoras do problema social tenham cessado, suas consequências permanecem internalizadas na sociedade contemporânea, servindo de base à manutenção do *status quo* desigual. Embora constitua uma das principais vertentes na justificação das ações afirmativas, a noção de justiça compensatória não passa ilesa às críticas. Isso porque o sistema jurídico reparatório está amparado sob categorias rígidas de causa e efeito. Isso significa que “em regra, somente quem sofre diretamente o dano tem legitimidade para postular a respectiva compensação. Por outro lado, essa compensação só pode ser reivindicada de quem efetivamente praticou o ato ilícito que resultou no dano.”²⁴

No sistema compensatório, entretanto, para se transferir “ao prejudicado certos ganhos indevidamente obtidos por quem se beneficiou da iniquidade histórica”²⁵, cuida-se de compensar um indivíduo ou um grupo, no presente, por um dano que foi causado por outro grupo no passado. Desse modo, a impossibilidade de cobrança aos que efetivamente foram os causadores diretos do evento danoso, bem como a mesma impossibilidade de ressarcir àqueles que diretamente sofreram o dano, traz certo grau de enfraquecimento à legitimidade das ações afirmativas baseadas na justiça compensatória, se encarada apenas pelo viés inerente ao sistema reparatório convencional.

Uma outra teorização acerca da justiça está baseada na tese da justiça distributiva, que cuida de assegurar a distribuição equânime dos benefícios sociais. Trata-se, na realidade, de direitos e vantagens, dentre outros benefícios, que deveriam ser distribuídos aos grupos minoritários, como negros, índios, mulheres, deficientes etc. a

²³ “Nesse campo, a discriminação se traduz na outorga, explícita ou dissimulada, de preferência no acesso à educação de qualidade e a um grupo social em detrimento de outro grupo social. Prejudicados em um aspecto de fundamental importância para o ulterior desenrolar de suas vidas, os membros do grupo vitimizado se vê, assim, desprovidos dos “meios” indispensáveis à sua inserção, em pé de igualdade com os beneficiários da injustiça perpetrada, na competição pela obtenção de empregos e posições escassos do mercado de trabalho.” GOMES, 2001. p. 63.

²⁴ GOMES, 2001. p. 65.

²⁵ *Ibidem*, pp. 62-63.

fim de reduzir as desigualdades e a forma estratificada como tais grupos estão organizados na sociedade²⁶. Uma das premissas básicas da tese distributiva está atrelada à ideia da “igualdade no nascimento”²⁷. De acordo com essa ideia, o nascimento seria o marco zero de qualquer pessoa, ou seja, o ponto de partida de qualquer ser humano, sendo este o momento onde os fatores de distinção estariam ausentes figurando apenas aqueles naturais, como cor e sexo, insuficientes para gerar qualquer efeito quanto à capacitação futura.²⁸

Nesta linha de raciocínio, as ações afirmativas seriam o meio adequado para trazer de volta o direcionamento perdido, atuando como o mecanismo de redistribuição de bens, concedendo aos grupos marginalizados a parcela dos benefícios, vantagens e oportunidades²⁹ que naturalmente lhes caberia não fosse o obstáculo gerado pela discriminação.

Poderosa é a tese da justiça distributiva ao ponto de que sua contestação ser equivalente à crença de que os grupos minoritários possuem o que se poderia denominar de “inferioridade intrínseca”. Nesse caso, seria o mesmo que sustentar a afirmação de que as pessoas que se encontram em situação desfavorável não poderiam ocupar outras posições por possuírem incapacidades congênitas.

Mesmo entre aqueles que sustentam a bandeira da justiça distributiva, como Ronald Dworkin e Joaquim Gomes Barbosa, existem os que enxergam nela um traço utilitarista. Esse raciocínio decorre da inferência segundo a qual uma vez distribuídos os benefícios de forma equitativa, as disparidades seriam equalizadas e, por consequência, seria proporcionado o bem-estar geral.³⁰

Ronald Dworkin³¹, ao tratar da aplicação das ações afirmativas, expõe como objetivo imediato dessas medidas o aumento do número de certas raças em determinadas posições e profissões. Essa inserção, segundo o autor, serviria para reduzir o sentimento de frustração, injustiça e as consequências da crença na existência de raças, bem como fortalecer a identidade desses grupos minoritários, encorajando-os a alcançar as posições sociais almejadas unicamente em razão de suas capacidades individuais.³²

²⁶ “A noção de justiça distributiva é a que repousa no pressuposto de que um indivíduo ou o grupo social tem direito de reivindicar certas vantagens, benefícios ou mesmo o acesso a determinadas posições, às quais teria naturalmente acesso caso as condições sociais sob as quais vive fossem de efetiva justiça.” Cf. GOMES, 2001. p. 66.

²⁷ *Ibidem*, p. 67.

²⁸ “As diferenças vão surgir ao longo da vida, e são impostas pela sociedade, pelos valores nela prevalentes. Assim, pessoas que vieram ao mundo num dado momento e que, portanto, ao longo de suas vidas teriam tudo para obter idêntica evolução cultural e social, passam, por meio de artifícios injustificáveis que lhes são impostos pela sociedade, a ter trajetórias distintas, uns usufruindo plenamente de todas as vantagens, benefícios e oportunidades que se lhes apresentam, e outros sendo aberta ou dissimuladamente subtraídos do usufruto de tais benefícios.” Cf. GOMES, 2001. p. 67.

²⁹ GOMES, 2001. p. 68.

³⁰ “Para esses, a redistribuição de benefícios e ônus na sociedade tem o inegável efeito de promover o bem-estar geral, eis que ao se reduzirem a pobreza e as iniquidades, tendem igualmente a desaparecer o ressentimento, o rancor, a perda do autorrespeito decorrente da desigualdade econômica.” Cf. GOMES, 2001. p. 68.

³¹ DWORKIN, 2000. p. 439.

³² *Idem*.

Em suma, na lição de Ronald Fiscus, a “justiça distributiva é uma busca de justiça no presente, ao passo que justiça compensatória seria uma postulação de justiça retroativa, que visa a reparar danos causados no passado.”³³ Embora as duas noções pareçam distintas, elas são aplicadas, muitas vezes, de forma interligada e complementar, tornando-se fundamentais para assegurar a legitimidade da aplicação de ações afirmativas na redução das desigualdades contingenciais para a correção da rota social.

Nesse contexto, ao tratar da questão teórica em torno da fundamentação de direitos, Jeremy Waldron assevera pela prescindibilidade de determinação ou adoção de uma teoria específica, tendo em vista a própria luta de cada sociedade no processo de construção dialógica de seus direitos³⁴. Desse modo, Waldron resgata a ideia trazida por Rawls quanto ao diálogo franco estabelecido entre os membros da sociedade formadora de direitos. A partir do consenso firmado, a concretização dos direitos escolhidos é uma questão de coerência e legalidade que passa, necessariamente, pela construção de instrumentos que possibilitem a garantia de efetivação do acordo estabelecido, no qual a igualdade deve ser apreciada em grau de primazia.

Essa igualdade, reconhecida como direito intrínseco de todas as pessoas, constitui-se em um traço característico do início da Era Moderna³⁵. No Antigo Regime, que precedeu as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, os direitos das pessoas não estavam ligados à condição natural do ser humano, mas decorriam da posição social do indivíduo e a relação de pertencimento a determinado grupo ou estamento, situação que só passou por modificações a partir das reivindicações trazidas pela Revolução Francesa, em 1789³⁶. A mudança, entretanto, não alcançou todos os objetivos pretendidos. A título de exemplo, o voto censitário reservou à burguesia, detentora do poder econômico, a prerrogativa de exercer os direitos políticos, excluindo de grande parte da população o direito de participar da vida pública e influenciar sobre a elaboração de normas que, necessariamente, estaria sujeita. A universalização do direito ao sufrágio, bem como a extensão desse direito às mulheres, só vai acontecer em todo o mundo ao longo do século XX³⁷. Do mesmo modo, a concepção de liberdade, entendida até então como a abstenção do poder estatal na esfera privada, impedia a atuação do Estado para a promoção da real igualdade. Com a implantação do Estado do Bem-Estar Social, a ênfase no discurso hegemônico da igualdade suplantou as demandas de grupos minoritários. Confundida muitas vezes com

³³ V. Ronald J. Fiscus *Apud*. GOMES, 2001. pp. 66-67.

³⁴ “Não precisamos nos deter nos detalhes da teoria prevalecente de direitos. Tomo como pressuposto de que esse comprometimento amplo da sociedade com direitos envolve uma consciência do consenso mundial quanto a Direitos Humanos e da história da reflexão sobre os direitos. Parto do princípio de que esse comprometimento é um consenso vivo, que se desenvolve e evolui à medida que os defensores dos direitos conversam entre si sobre quais direitos possuem e sobre o que eles implicam.” WALDRON, 2010. p. 112.

³⁵ SARMENTO, 2007. p. 191.

³⁶ “Com a instauração do Estado Liberal-Burguês e a derrocada do Antigo Regime na Europa, a igualdade de todos perante a lei é afirmada, com a abolição dos privilégios de origem estamental. A lei, na sua generalidade e abstração, converte-se em símbolo da igualdade recém-conquistada.” Cf. SARMENTO, 2007. p. 191.

³⁷ SARMENTO, 2007. p. 194.

homogeneidade, a igualdade imposta desprezou a necessidade de afirmação da diferença cultural. Até a década de 60, nenhum Estado Democrático cuidou de promover a igualação e vencer os preconceitos por meio de comportamentos estatais para a criação de instrumentos de promoção da igualdade jurídica efetiva.³⁸

Em 1965, entretanto, surgiu nos Estados Unidos o questionamento sobre até que ponto havia a liberdade para se competir, em igualdade de condições, com os demais membros da sociedade. A partir da experiência negativa gerada pela 2ª Guerra Mundial, a Suprema Corte norte-americana intensificou a responsabilidade com relação aos temas relacionados à proteção dos Direitos Humanos, principalmente na reconstrução dos direitos fundamentais e o conteúdo axiológico inerente ao princípio da igualdade. Nesse contexto de transformação, iniciou-se um movimento pela exigência do favorecimento de minorias socialmente inferiorizadas, conhecido como *affirmative action*. Ainda em 1965, a expressão “ação afirmativa” foi legitimada pela Suprema Corte norte-americana. As exigências de sua adoção condicionavam até mesmo o setor privado, cujo pressuposto para contratar com a esfera pública estabelecia a obrigação de adotar a “ação afirmativa” a fim de incluir, no corpo profissional dessas empresas, os socialmente desfavorecidos³⁹. Nesse sentido, a utilização das ações afirmativas denota uma mudança na interpretação no conceito jurídico da igualdade. O que antes era tratado mediante uma postura passiva, isto é, de abstenção do Estado e vedação às práticas discriminatórias, passou a ser acompanhado de uma postura ativa, visando à promoção da real igualdade. Esse traço, denominado Realismo Legal⁴⁰, constituiu em trazer – juntamente com a formalização – meios de interpretação histórico-social a fim de instrumentalizarem-se as promessas contidas no texto constitucional, bem como a aproximação entre as ideias de liberdade e igualdade.⁴¹

A ação afirmativa surge, assim, como a face construtora de um novo conteúdo dos valores positivados.⁴² A igualdade jurídica passa, então, a ser compreendida como uma postura constitucional positiva a ser moldada no presente, com atenção aos fatos históricos e visão prospectiva direcionada à sociedade justa que se almeja construir.

³⁸ ROCHA, 1996. p. 284.

³⁹ “A mutação produzida no conteúdo daquele princípio, a partir da adoção da *ação afirmativa*, determinou a implantação de planos e programas governamentais e particulares pelos quais as denominadas minorias sociais passavam a ter, necessariamente, percentuais de oportunidades, de empregos, de cargos, de espaços sociais, políticos, econômicos, enfim, nas entidades públicas e privadas.” Cf. ROCHA, 1996. p. 285.

⁴⁰ Movimento em que se reconheceu a insuficiência da formalização da norma constitucional, sendo imprescindível, também, a interpretação da norma segundo a experiência sócio-histórica a qual essa norma é aplicada. Cf. ROCHA, 1996. p. 287.

⁴¹ “Liberdade, portanto, não é só a ausência de constrangimentos externos à ação do agente, mas também a possibilidade real de agir, de fazer escolhas e de viver de acordo com elas. Por outro lado, afirma-se que a igualdade não é homogeneização forçada, pois ela implica ao reconhecimento de que todos têm a igual liberdade de ser diferentes e de viver de acordo com estas diferenças. Nestes novos termos, liberdade e igualdade deixam de ser antíteses, tornando-se valores complementares e sinérgicos.” Cf. SARMENTO, 2007. pp. 194-195.

⁴² “O Direito Constitucional, posto em aberto, mutante e mutável, para se fazer permanentemente adequado às demandas sociais, não podia persistir estático de um direito de igualdade pronto, realizado segundo parâmetros históricos eventualmente ultrapassados.” Cf. ROCHA, 1996. p. 287.

AS AÇÕES AFIRMATIVAS E OS EXEMPLOS DE APLICAÇÃO

Contrariamente ao ideário que permeia o senso comum, as políticas de ações afirmativas não são originárias do direito norte-americano. Na realidade, tais medidas tiveram início na Índia⁴³, país marcado pela discriminação gerada a partir de um sistema de estratificação social, denominado classes ou castas. Diante do desigual quadro social indiano, a liderança política, juntamente com o patrono da independência do país, Mahatma Gandhi, conseguiram que em 1935 fosse aprovado o *Government on India Act*⁴⁴. Esse instrumento legal, com fulcro no combate à discriminação e segregação por estamentos, foi utilizado durante o movimento nacionalista para chamar a atenção das castas mais elevadas sobre o antiquado sistema social indiano e a degradante posição a que eram submetidos os denominados “intocáveis”⁴⁵. Seguindo esse modelo, a Constituição de Independência da Índia⁴⁶ tratou de extinguir, ao menos em caráter formal, o sistema de segregação amparado na intocabilidade, visando assim, reequilibrar a situação em favor das *Scheduled Castes* e das *Scheduled Tribes*, sendo estes grupos responsáveis por 23% da população indiana.⁴⁷

A partir da alteração⁴⁸ no texto da Constituição indiana, as medidas afirmativas passaram a ser amplamente utilizadas pelo governo indiano, possibilitando assegurar, aos grupos outrora excluídos, a reserva de vagas no Parlamento, além de vantagens como a admissão em escolas, faculdades e empregos no setor público.⁴⁹ Em decisão proferida em 1975, no caso *State of Kerala v. N.M. Thomas* (A.I.R. 1976 S.C. 490), que envolvia a validade de política que favorecia a promoção de membros de castas inferiores no serviço público, a Suprema Corte da Índia afirmou que as medidas afirmativas não deveriam ser concebidas como meras exceções à regra da isonomia formal, mas como providências necessárias para o alcance da real igualdade de oportunidades.⁵⁰

⁴³ “As políticas de Ação Afirmativa para grupos étnicos foram criadas pela primeira vez na Índia, com a Constituição de 1950, e não nos EUA, como muitos acreditam. Historicamente, em todos os contextos sociais e políticos em que foi implantada, a ação afirmativa baseou-se em três justificações básicas: reparação, justiça social e diversidade.” Cf. FERES JÚNIOR, João. *Audiência Pública no Supremo Tribunal Federal. Apresentação ADPF 186*. p. 02.

⁴⁴ Supremo Tribunal Federal. ADPF 186. p. 55.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ “A Constituição da Índia, editada em 1950, baniu juridicamente o regime de castas, o que, por óbvio não foi suficiente para pôr fim à discriminação contra os indivíduos pertencentes às castas inferiores, nem muito menos para assegurar a igualdade de oportunidades a estas pessoas. Assim, em 1951, chega à Suprema Corte da Índia o primeiro caso envolvendo políticas de ação afirmativa – *State of Madras v. Champakan Dorairajan* (A.I.R 151 S.C. 226), em que se discutia a constitucionalidade de uma lei estadual que instituiria reserva de vagas para integrantes de castas inferiores em universidades de Medicina e Engenharia. A lei foi declarada inconstitucional, por violação ao princípio da Isonomia, o que provocou uma enérgica reação do Legislativo indiano, que aprovou, ainda naquele ano, uma emenda alterando o texto constitucional para incluir expressa previsão sobre a validade das medidas de discriminação positiva em favor de castas e tribos situadas em posição desfavorável.” Cf. SARMENTO, 2007. p. 205.

⁴⁷ Supremo Tribunal Federal. ADPF 186. p. 56.

⁴⁸ Artigo 17: Abolição da “intocabilidade” e fazer desse tipo de discriminação uma prática punível por lei; Artigo 46: Promoção da educação e do interesse econômico; Artigos 16 e 335: Tratamento preferencial na questão do emprego no setor público; Artigos 330 e 332: Reserva de Vagas no “Lok Sabha” (Parlamento da Índia) e nas Assembleias Estaduais. Em Supremo Tribunal Federal. ADPF 186. p. 56.

⁴⁹ Supremo Tribunal Federal. p. 56.

⁵⁰ SARMENTO, 2007. p. 205.

Situação semelhante pode ser observada na evolução dos precedentes da justiça norte-americana. Mesmo com o fim da escravidão nos Estados Unidos, em 1865, os Estados do Sul mantiveram – por muito tempo – um regime oficial de segregação racial. Esse sistema de discriminação em razão da cor da pele tornou-se tão forte ao ponto de, em 1896, a Suprema Corte ter reconhecido e chancelado a doutrina do *equal but separate* no julgamento do caso *Plessy v. Ferguson*.⁵¹

Apenas a partir da década de 50, como reflexo do movimento pelos direitos civis, essa doutrina de segregação racial foi abandonada pela Suprema Corte, quando da apreciação do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, em 1954. Esse julgamento deflagrou um processo de dessegregação na educação pública, bem como tratou de conferir aos juízes federais a tarefa de fiscalizar a concretização das medidas igualitárias no âmbito dos Estados, a fim de concretizar os princípios igualitários no combate à discriminação de fato suportada pelos afro-americanos.

Contudo, a despeito do reconhecimento oficial quanto aos efeitos negativos e discriminatórios gerados a partir do regime de segregação racial, as mudanças na situação fática dos negros só viriam a ser concretizadas dez anos mais tarde, com a criação das primeiras ações afirmativas, na década de 60⁵².

No ano de 1978, entretanto, a Suprema Corte norte-americana foi chamada para - pela primeira vez – se posicionar sobre a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa.⁵³ Tratava-se, então, do caso *Bakke v. Regentes of the University of Califórnia*⁵⁴, em que um aluno branco chamado Allan Bakke provocou o Judiciário em face da Faculdade de Medicina da Universidade Estadual da Califórnia, em Davis, cujo programa de ação afirmativa em vigor tratava de reservar aos candidatos negros 16 das 100 vagas disponíveis no processo de seleção para a instituição. Bakke obtivera pontuação superior a dos candidatos negros admitidos para o curso de medicina pelo percentual reservado, entretanto, não conseguiu ingressar na instituição, razão pela qual impugnou judicialmente o sistema de cotas da Faculdade alegando violação ao seu direito à igualdade. O Tribunal da Califórnia, ao julgar o caso, entendeu pela inconstitucionalidade de qualquer medida afirmativa que utilizasse a raça como fundamento de aplicação e, portanto, invalidou o programa de ação afirmativa da Faculdade de Medicina e ordenou a admissão de Bakke na instituição. O caso, então, foi direcionado à Suprema Corte dos Estados Unidos onde, uma votação apertada levou o juiz Powell a proferir o voto de desempate, decidindo pela

⁵¹ Sob a égide deste modelo, foram aprovadas as chamadas *Jim Crow Laws*, que estabeleceram a segregação entre brancos e negros em praticamente todos os campos da vida social. *Ibidem*. p. 206.

⁵² “(...) levou mais de uma década para que a discriminação negativa de jure contra os negros fosse definitivamente afastada nos Estados Unidos, pois os Estados sulistas se valeram de todo tipo de artifício para evadir-se às decisões proferidas pela Justiça Federal do país, que monitoravam o processo de dessegregação. Para que se tenha uma ideia da gravidade do quadro, em 1967 ainda estava em vigor uma lei do Estado da Virgínia, que proibia casamentos inter-raciais, cuja invalidade só foi decretada naquele ano pela Suprema Corte, no caso *Loving v. Virginia*”. Cf. SARMENTO, 2007. p. 206.

⁵³ SARMENTO 2007. p. 207.

⁵⁴ GOMES, 2001. pp. 245-295.

invalidação do sistema de cotas, ante a ausência de comprovada discriminação prévia contra os negros na Universidade da Califórnia.

A decisão de Bakke é considerada paradigmática, pois mesmo tendo invalidado o programa de cotas da Faculdade de Medicina, concluíram os juízes pela possibilidade de utilização, explícita, da raça como um entre vários fatores que afetam as decisões de admissão.⁵⁵ Desse modo, a raça não seria considerada como fator preponderante, mas como um aspecto complementar nas políticas de ação afirmativa. Em outras palavras, a Suprema Corte norte-americana sinalizou pela validade de outras políticas de ação afirmativa consideradas mais flexíveis. A justificativa para esse entendimento fundamentou-se na utilização das ações afirmativas como forma de se atingir a diversidade racial nas salas de aula, proporcionando benefícios não só às minorias favorecidas pela inclusão, mas também aos demais alunos, que partilhariam de um ambiente acadêmico plural e culturalmente mais rico⁵⁶.

A partir de então, a Suprema Corte passou a ser provocada sobre a validade de políticas afirmativas nos mais diferentes setores e, inclusive, no acesso ao emprego e contratação com o Poder Público.⁵⁷ Mais tarde, em 2003, a Suprema Corte reafirmou a possibilidade de ação afirmativa com fundamento na diversidade racial. Trata-se do caso *Grutter v. Bollinger*⁵⁸, em que a Faculdade de Direito da Universidade de Michigan utilizava-se da pontuação como modalidade de ação afirmativa, na qual da raça servia como um elemento extra, ao qual eram

⁵⁵ DWORKIN, 2000. p. 455.

⁵⁶ SARMENTO, 2007. p. 208.

⁵⁷ “Há casos favoráveis paradigmáticos, como *United Steelworkers of America v. Weber*, decidido em 1979, em que se considerou válida e compatível com o *Civil Rights Act* de 1964 a política de ação afirmativa estabelecida por uma empresa particular, que instituiu reserva de vagas para empregados negros em seu programa de treinamento, a ser utilizada até que o percentual dos funcionários negros qualificado fosse compatível com o percentual de afro-americanos residentes na localidade em que operava. Ou *United States v. Paradise*, julgado em 1984, em que a Suprema Corte manteve decisão judicial que obrigava o Estado de Alabama – conhecido pelo seu histórico de discriminação racial – a contratar ou promover, em seu Departamento de Segurança Pública, um negro para cada branco também contratado ou promovido, até que se atingisse o percentual de 25% de afro-americanos em todos os patamares da corporação policial. Ou ainda *Metro Broadcasting Inc. v. Federal Communications Commission*, apreciado em 1990, em que o Tribunal validou um critério de desempate, estabelecido pela FCC – agência reguladora norte-americana no campo das comunicações – pelo qual se atribuiria prioridade na celebração de contratos de concessão para a exploração de emissora de televisão às empresas de comunicação titularizadas por integrantes de minorias étnicas, tendo em vista o objetivo de promoção da diversidade e do pluralismo”. Cf SARMENTO, 2007. p. 208.

⁵⁸ “A contenda originou-se em 1996, quando Barbara Grutter, uma mulher branca, moradora de Michigan, com notas relativamente altas no teste de admissão para faculdades de direito norte-americanas (Law School Admission Test - LSAT), não foi aceita como aluna da Faculdade de Direito da Universidade daquele Estado. Em dezembro de 1997, Barbara Grutter ingressou em juízo contra a Universidade, sob o argumento de que havia sofrido discriminação racial, o que violaria a cláusula de proteção da igualdade prevista tanto na XIV Emenda à Constituição dos Estados Unidos como no Título VI da Lei de Proteção aos Direitos Civis de 1964 (Civil Rights Act). Em 2001, o juiz Bernard A. Friedman decidiu que a política de admissão da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan era inconstitucional porque considerava a raça como fator de escolha, o que a tornaria praticamente indistinguível de um sistema de quotas. Em 2002, o Tribunal de Apelação reformou a decisão, citando o caso Bakke para autorizar o critério racial. Diante dessa decisão, Grutter apelou à Suprema Corte. A Suprema Corte acabou assentando que os meios utilizados pela Faculdade de Direito de Michigan haviam respeitados os ditames constitucionais, pois a instituição não tinha feito uma mera reserva de vagas, visto que cada candidato foi avaliado individualmente. Assim, a política de seleção de estudantes da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan, segundo constou do voto vencedor, não conflita com a Lei de Direitos Civis de 1964 e tampouco com a XIV Emenda da Constituição, pois atenderia a um interesse imperativo do Estado, que é justamente o de assegurar a diversidade cultural” Cf SARMENTO, 2007. p. 208.

atribuídos 20 pontos de um total de 150, não operando – portanto – como critério único ou preponderante na determinação da admissão dos candidatos. No voto, prolatado pela *Justice* Sandra Day O'Connor sobre o programa de ação afirmativa da Universidade de Michigan, restou consignado que – considerando a construção de um corpo acadêmico plural e diversificado – a utilização do critério racial na aplicação de políticas afirmativas não estava em desacordo com a Constituição então vigente, desde que conjugado com outros fatores, sendo o critério racial considerado apenas de forma complementar⁵⁹. Desse modo, o pluralismo étnico, consagrado pela Suprema Corte no caso *Bakke*, foi ratificado como argumento suficiente na justificativa para o favorecimento de candidatos racialmente excluídos e “a política adotada pela Faculdade de Direito foi considerada válida, porque não empregara critérios rígidos, sendo a raça apenas mais um elemento levado em consideração na seleção dos concorrentes.”⁶⁰

A aplicação de ações afirmativas, nos Estados Unidos, ao longo das últimas décadas serviu para melhorar a condição de vida do negro, quebrando estereótipos negativos e, por consequência, fortalecendo a autoestima do afro-americano, bem como para proporcionar o pluralismo étnico-racial, ante a convivência em igualdade material com os demais membros daquela sociedade⁶¹. Desse modo, tendo em vista o histórico de aplicação das ações afirmativas na realidade norte-americana, infere-se que a utilização de argumentos que pregam o “desequilíbrio democrático” ou uma possível “tensão racial” como consequência de ações afirmativas com critérios raciais, não merecem consideração como fator crítico às políticas positivas brasileiras.

No Brasil, o princípio da igualdade faz parte do rol de direitos fundamentais desde a Carta Imperial de 1824⁶². A despeito da disposição formal sobre a igualdade dos indivíduos, a sociedade brasileira então estabelecida não considerava todos os indivíduos como gente, pressuposto este necessário para que se pudesse assegurar o atributo da igualdade, razão pela qual a escravidão era tida como legítima na prática social brasileira. Contudo, foi na Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988, que se conferiu, efetivamente, força jurídica à igualdade, renovando seu conteúdo para uma concepção não mais estática, mas dinâmica, assumindo novas formas de compreensão e aplicação em conformidade com as necessidades fáticas da sociedade. Destacam-se, pois, os preceitos consagrados logo no preâmbulo⁶³ da Carta de 1988, que – embora não possuam força normativa -

⁵⁹ “(...) a Constituição não proíbe a utilização de critério racial em programas de admissão em instituições de ensino superior, estritamente desenhados para a satisfação de imperativo interesse governamental, traduzido pela obtenção dos benefícios educacionais proporcionados pela diversidade do corpo discente, tendo em vista que a efetiva participação dos membros de todos os grupos étnicos e raciais na vida cívica é essencial para a consecução do sonho de uma nação americana.” Cf. MORAES, 2003. p. 307.

⁶⁰ SARMENTO, 2007. p. 209.

⁶¹ “E não se concretizou a previsão pessimista dos inimigos destas medidas, de que elas aumentariam a tensão entre raças, pois, de um modo geral, a sociedade americana é hoje mais tolerante e harmônica neste campo do que era no começo da década de 60”. Cf. SARMENTO, 2007. p. 210.

⁶² SARMENTO, 2007. p. 207.

⁶³ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a

demonstram o compromisso do constituinte para com a igualdade, considerada o valor supremo da nova ordem jurídica que se estava criando⁶⁴. Do mesmo modo, os objetivos da República, insculpidos no art 3º da Lei Fundamental, condicionam o legislador infraconstitucional a um fazer jurídico para a concretização da letra constitucional vez que apontam – de forma imperativa - a necessidade de um fazer estatal, a fim de se concretizar a ideia de igualdade e, em última análise, a expressão da própria justiça.⁶⁵ “Na verdade, a visão de igualdade que transparece na Constituição demanda um Estado ativo, voltado à defesa dos interesses das pessoas e grupos vulneráveis.”⁶⁶

Nesse contexto de mudança, a própria Lei Fundamental tratou de prever – expressamente - a adoção da ação afirmativa. Ao tratar da organização da Administração Federal, o art. 37, demonstra que sem prejuízo da exigência de provas para admissão em cargos e empregos públicos, o constituinte fez a opção por uma das modalidades de ação afirmativa com o objetivo de assegurar o acesso e a inclusão de portadores de necessidades especiais no serviço público.⁶⁷

A cota, compreendida como espécie de ação afirmativa cuja aplicação trata da reserva fixa de um percentual mínimo de vagas, demonstra a compatibilidade⁶⁸ entre a Norma Constitucional brasileira e o modelo de aplicação da igualdade jurídica legitimado pelo direito norte-americano, isto é, a adoção da ação afirmativa. Essa nova concepção do constitucionalismo vem acompanhada de obrigações de ordem prática que afirmam um tratamento diferenciado aos grupos que se encontram em situação desfavorável.

Desse modo, uma vez disposta no próprio texto constitucional, a aplicação das ações afirmativas mostra-se em conformidade com os princípios e valores fundantes do Estado Democrático. Cabe, portanto, aos

igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

⁶⁴ “A Constituição brasileira tem, no seu preâmbulo, uma declaração que apresenta um momento novo no constitucionalismo pátrio: a ideia de que não se tem a democracia social, a justiça social, mas que o direito foi ali elaborado para que se chegue a tê-los.” Cf. ROCHA, 1996. p. 288.

⁶⁵ “Verifica-se, na Constituição de 1988, que os verbos utilizados na expressão normativa – construir erradicar, reduzir, promover – são verbos de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo.” Cf. SARMENTO, 2007. p. 289.

⁶⁶ SARMENTO, 2007. p. 211.

⁶⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (...) VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

⁶⁸ Cf. RMS 26.071, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 13/11/2007, 1ª Turma, DJ de 1º/2/2008. No voto o Min. Ayres Britto afastou a ideia de que o Texto Constitucional somente autorizaria as políticas de ação afirmativa nele textualmente mencionadas, tais como a reserva de vagas para deficientes físicos ou para as mulheres. “(...) nunca é demasiado lembrar que o preâmbulo da Constituição de 1988 erige a igualdade e a justiça, entre outros, ‘como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos’, sendo certo que reparar ou compensar os fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica é política de ação afirmativa que se inscreve, justamente, nos quadros da sociedade fraterna que a nossa Carta Republicana idealiza a partir de suas disposições preambulares.

intérpretes do direito a tarefa de analisar as situações fáticas para que, com vistas à promoção da verdadeira igualdade jurídica, possam estender a aplicação dessas medidas de acordo com as necessidades concretas da sociedade, prezando sempre pela adequação ao surgimento de novas demandas, oriundas do constante processo de desenvolvimento e transformação social.

A partir da noção de igualdade extraída da Constituição de 1988, as ações afirmativas vêm sendo concretizadas no Brasil por meio de atos legislativos diversos. Foram instituídos programas como o da Diversidade na Universidade, criado pela lei 10.558/02, e que promove o acesso de grupos desfavorecidos ao ensino superior; também a Lei estadual nº 3.708/01, que instituiu o percentual de 40% das vagas reservadas aos negros e pardos, no exame de admissão para a Universidade do Estado do Rio de Janeiro e também na Universidade Estadual do Norte Fluminense, bem como a Lei municipal nº 2.325/95, que reservou 40% das vagas nos comerciais e anúncios publicitários, para negros no município do Rio de Janeiro⁶⁹. Além disso, existem as ações afirmativas instituídas pelo Decreto nº 4.228/2002, que estabeleceu metas de participação, no âmbito de toda a Administração Pública Federal, para a inclusão de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência nos cargos públicos brasileiros, além de beneficiar – na contratação com o setor público - empresas prestadoras de serviço que adotam política afirmativa semelhante. A partir do decreto acima mencionado, foi criado o Programa de Ação Afirmativa do Instituto Rio Branco em parceria com o CNPq, que fornece incentivos ao ingresso de afrodescendentes no quadro diplomático, por meio de bolsas-prêmio para custear os estudos de preparação ao concurso de admissão à carreira diplomática. Cabe destacar, também, a criação da Lei 11.096/2005, que instituiu o PROUNI, aplicando ações afirmativas em instituições privadas de ensino superior, por meio de bolsas de estudos para alunos oriundos de escolas públicas, dentre eles, negros e indígenas⁷⁰.

O SERVIÇO PÚBLICO E AS MEDIDAS POSITIVAS DE INCLUSÃO

Conforme estudo realizado em 2013 pelo IPEA, constatou-se que o funcionalismo público brasileiro não reflete a diversidade de seu povo. Segundo o estudo, do total de 519.369 servidores públicos civis do Poder Executivo federal que declararam a cor ou raça no Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos (Siape), apenas 30% são negros⁷¹. O estudo demonstrou, ainda, que além da pouca representatividade⁷², os negros

⁶⁹ MORAES, 2003. p. 310.

⁷⁰ Idem.

⁷¹ Dados do Portal Brasil. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/governo/2013/11/funcionalismo-publico-nao-reflete-diversidade-do-povo-brasileiro> acesso em 21/05/2015.

⁷² Segundo E. Telles, havia em 1999 de zero a oito negros (pretos e pardos) em cerca de mil e sessenta diplomatas, um em mais de cem gerais (1996), oito negros de seiscientos membros da Procuradoria Geral da República. Com base em dados do censo de 1980, Telles constatou que a probabilidade de deter ocupações profissionais ou de gerência era onze vezes maior para brancos que para negros. Cf. TELLES, E. Apud. IKAWA, Daniela. O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. p. 778.

exercem posição de menor relevo e prestígio se comparados aos cargos de que dispõe os brancos⁷³. Na hierarquia do funcionalismo, com raras exceções, os negros situam-se na base e não em postos de comando e decisão. Em outra pesquisa realizada pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos - Dieese⁷⁴ constatou-se que os negros representam 48,2% dos trabalhadores nas regiões metropolitanas, sendo que a média do salário desta população chega a ser 36,1% menor do que a de não negros, o que demonstra a defasagem salarial entre os negros e brancos.

Por isso, tendo em vista a abertura constitucional já mencionada e que trata a reserva de vagas aos deficientes físicos⁷⁵, medidas semelhantes foram adotadas para favorecimento de outras minorias no acesso ao serviço público. Em 25 de outubro de 2011, no Rio de Janeiro, foi sancionada pelo governador Sérgio Cabral a Lei estadual 6.067, cujo conteúdo trata de reservar 20% (vinte por cento) das vagas em concursos públicos, de cargo efetivo, para negros e índios. No ano seguinte, o prefeito da cidade do Rio de Janeiro Eduardo Paes sancionou a lei 5.401/2012, onde mais uma vez a cota foi utilizada para assegurar, no quadro permanente municipal, a reserva de vagas aos autodeclarados negros e índios.

Nesse contexto, a mais recente aplicação da medida foi a extensão da política de cotas para acesso ao serviço público em nível federal e ao Poder Judiciário. No dia 09 de Junho de 2014, a Presidente Dilma Rousseff sancionou a lei federal 12.990, cuja redação estabelece a reserva de 20% (vinte por cento) das vagas em cargos e empregos públicos em âmbito federal aos candidatos que se autodeclarem negros. No mesmo sentido, atendendo a lei federal em referência, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ expediu, no dia 09 de junho de 2015, uma resolução estabelecendo a reserva de 20% das vagas, nos cargos efetivos do Poder Judiciário, aos candidatos afrodescendentes.⁷⁶

Dos três instrumentos legais supramencionados, todos têm em comum a raça, entendida aqui como conceito sociológico criado ao longo da história, como critério de adequação da política positiva aos candidatos

⁷³ Nota técnica apresentada pelo IPEA à Secretaria de Políticas Públicas de Igualdade Racial – SEPPIR. Disponível em: http://www.seppir.gov.br/noticias/ultimas_noticias/2014/02/estudo-do-ipea-analisa-presenca-de-negros-no-servico-publico acesso em: 21/05/2015.

⁷⁴ Os Negros no Mercado de Trabalho. Disponível em: <http://www.dieese.org.br/analisedped/negros.html> acesso em: 21/05/2015. O estudo do Dieese reforça que no serviço público existe uma proporção menor de negros (6,2%) do que de não negros (8,4%). O fato de ser uma carreira que requer a aprovação em concurso público mostra, de acordo com a pesquisa, a falta de acesso dos negros ao ensino de qualidade.

⁷⁵ Art. 37, VIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁷⁶ O Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, durante a 210ª Sessão Ordinária, resolução que dispõe sobre a reserva aos negros, no âmbito do Poder Judiciário, de vagas oferecidas em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e de ingresso na magistratura. “Estamos diante de um momento importante, pois é primeira vez que um dos poderes da República reservará uma cota para cidadãos oriundos de mais de 50% da população que não têm acesso aos cargos de poder nesse país. Esse é um passo histórico muito relevante, pois estamos contribuindo para a pacificação e a integração deste país, e de certa forma reparamos um erro histórico em relação aos afrodescendentes”, concluiu o presidente do Conselho, Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79590-plenario-do-cnj-aprova-cotas-de-acesso-a-negros-para-cargos-no-judiciario>. Acesso em: 10/06/2015.

negros. Desse modo, o texto da lei federal 12.990/2014, estabelece a autodeclaração⁷⁷ como forma de opção para fins de enquadramento nas vagas reservadas. Entretanto, sendo a autodeclaração a opção do legislador para enquadrar-se como destinatário da norma, a redação do dispositivo legal em referência tem a potencialidade de tornar-se contraditória, uma vez que trata, no mesmo artigo, da eliminação do candidato cuja autodeclaração seja atestada como falsa.⁷⁸

Sabe-se, entretanto, que a adequação em tal paradigma se dá de forma facultativa, razão pela qual questionar a falsidade de uma autodeclaração torna-se eminentemente problemático. Esse fato não apenas causa polêmica em relação aos que abraçam a ideia do “mito da democracia racial”⁷⁹ e condenam a utilização da “raça” como critério de favorecimento, como também acaba por gerar insegurança quanto à efetividade da medida, uma vez que abre brecha para que candidatos, não necessariamente negros, sejam beneficiados pela medida, ameaçando assim, a legitimidade dessa política inclusiva no alcance da finalidade programada.

Desse modo, faz-se necessário destacar que em um país miscigenado como o Brasil a criação de qualquer critério objetivo para a definição do que significa “ser negro” seria o mesmo que estabelecer um tribunal racial, com o resgate das teorias eugenistas há muito superadas. De outro lado, a adoção de políticas afirmativas cujo critério racial baseie-se única e exclusivamente na declaração do candidato pode vir a deslegitimar a aplicação de um poderoso instrumento de transformação social. Por isso, na aplicação de políticas afirmativas étnico-raciais voltadas a inclusão no serviço público, talvez, melhor solução seja valer-se de medidas mais flexíveis, sejam elas preparatórias ou conjugadas com outros fatores.

Nesse ponto, torna-se de suma importância salientar que qualquer processo que tenha por escopo a reversão de posturas discriminatórias, bem como a neutralização de suas consequências, não deve ser avaliado sob aspectos estritamente objetivos. Seja o fundamento compensatório ou distributivo, a aplicação das medidas afirmativas em sociedades marcadas por desigualdades profundas, precisa ser norteada com base nos valores sedimentados da sociedade, bem como pela leitura principiológica que rege o sistema constitucional. Por isso, a utilização de ações afirmativas baseadas, pura e simplesmente, em critérios pretensamente neutros e imparciais – como o critério exclusivamente econômico – pode levar a perpetuação de distorções ainda maiores do que as que

⁷⁷ Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

⁷⁸ Art. 2º Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

⁷⁹ O mito da democracia racial baseia-se na tese segundo a qual a miscigenação do povo brasileiro teria gerado um convívio pacífico entre as diversas “raças”. A crença sobre a existência de uma sociedade racialmente harmônica surgiu a partir da narrativa da vida colonial constante na obra “Casa Grande e Senzala”, de Gilberto Freyre, tendo sido defendida em 1950, na UNESCO, cujo relatório apresentou o Brasil como exemplo de uma experiência bem-sucedida de relações raciais.

se pretende corrigir.⁸⁰ Desse modo, a existência de uma política positiva instituída por uma norma geral, criada à luz da igualdade formal, não é suficiente para sanar as desigualdades que suportam os sujeitos em situação vulnerável.

Cabe destacar, portanto, a existência da chamada teoria do impacto desproporcional. Segundo essa teoria, uma norma é considerada desproporcional quando, embora juridicamente válida, sua aplicação importa em prejuízo anti-isonômico a um determinado grupo, isto é, embora no processo de elaboração, a norma atenda todos os preceitos formalmente exigidos para a sua criação, a sua aplicação pelas autoridades competentes torna prejudicial a situação de determinado grupo já estigmatizado⁸¹.

O *leading case* no direito norte-americano foi o caso *Griggs v. Duke Power Co.*, julgado pela Suprema Corte em 1970, no qual um grupo de trabalhadores negros questionou a prática da empresa Duke Power Co. na política de promoção de seus funcionários. A empresa utilizava-se de “testes de inteligência” que não possuíam nenhuma correlação com as atividades desempenhadas pelos empregados, servindo tão somente como impeditivo para a promoção de empregados negros, uma vez que – pela realidade das escolas segregadas, cujo nível de ensino era inferior àquele prestado aos brancos – impossibilitava que os dois grupos de trabalhadores respondessem as questões do teste em igualdade de condições. Desse modo, o teste cuidava de manter os trabalhadores negros em funções subalternas e mal remuneradas. No julgamento do caso, a Suprema Corte considerou que mesmo não havendo prova da intenção discriminatória por parte da empresa e mesmo sendo o procedimento considerado neutro, já que o teste era aplicado a brancos e negros indistintamente, tal política de promoção não poderia ser mantida uma vez que, na prática, operava no sentido de congelar o *status quo* da empresa, configurando – ainda que de forma indireta - prática empregatícia discriminatória. No caso em questão, o prejuízo fático gerado aos negros se sobrepôs a necessidade de comprovação de uma eventual intenção discriminatória por parte da empresa.⁸²

Se no caso americano a prova da intenção discriminatória foi deixada de lado pela mera constatação dos efeitos negativos causados a determinado grupo na aplicação da norma pretensamente neutra, no Brasil, o

⁸⁰ “As políticas de caráter universalista, embora possam reduzir a pobreza e promover significativas melhoras sociais, não atacam esta disparidade entre etnias, razão pela qual devem ser complementadas por medidas de ação afirmativa, se realmente se pretende promover a igualdade substantiva entre raças.” Cf. SARMENTO, 2007. pp. 203-204.

⁸¹ Nos Estados Unidos, há um importante precedente nesta matéria que é sempre lembrado: o caso *Yick v. Hopkins*, julgado pela Suprema Corte ainda em 1886, envolvendo chineses residentes na cidade de São Francisco. Fora aprovada uma lei municipal proibindo o funcionamento de lavanderias em edificações feitas de madeira, mas era possível solicitar às autoridades administrativas uma isenção na aplicação da norma. Os chineses tinham grande participação na exploração de lavanderias em São Francisco, e foi demonstrado no processo que, na prática, os pedidos de isenção formulados por eles nunca eram acatados, enquanto que os realizados por outras pessoas eram sempre aceitos. Daí foi reconhecida a inconstitucionalidade não da lei em si, mas da sua aplicação pelas autoridades administrativas municipais. Cf. SARMENTO, 2007. p. 196.

⁸² “Nós não sugerimos que o juízo de primeiro grau (*District Court*) ou a Corte de Apelação erraram ao examinar a intenção do empregador, mas boa intenção ou ausência de propósito discriminatório não redime as práticas empregatícias ou os mecanismos de avaliação que operam, na perspectiva dos grupos minoritários, como “trava pré-instalada” e não relacionada com a apuração da capacidade laborativa.” Cf. GOMES, 2001. pp. 333-343.

propósito discriminatório pode ser abandonado, ainda, por um segundo fator, isto é, a dimensão inconsciente do racismo internalizado – principalmente no que tange a visão de posição subordinada do afrodescendente - faz com que posturas discriminatórias sejam praticadas sem que a opressão racial se torne explícita. De tal modo que, havendo prejuízo na aplicação de uma norma neutra, pouco interessa precisar se há ou não interesse discriminatório decorrente do comando legal, seja pela suficiente constatação do prejuízo fático decorrente de sua aplicação ou pela impossibilidade de fazê-lo ante a “cegueira” reinante na consciência coletiva.

No Brasil, embora a “discriminação positiva de fato” seja consequência lógica da consagração do princípio da igualdade perante a lei, não há – ao menos explicitamente - uma análise empírica e, até mesmo, estatística, sobre a aplicação de normas aparentemente neutras do ponto de vista étnico-racial, mas que atuam de forma não igualitária em desfavor dos negros. Entretanto, a jurisprudência⁸³ constitucional brasileira, tem se mostrado aberta “à argumentação sobre o impacto real de determinadas medidas sobre grupos vulneráveis, independentemente da comprovação de qualquer intenção discriminatória”⁸⁴

Nesse contexto, cabe destacar que mesmo tratando-se de uma medida positiva, a aplicação de uma ação afirmativa - voltada à inclusão de negros no serviço público - que tivesse por base o critério exclusivamente econômico, não resolveria a carência de negros nos cargos do funcionalismo público brasileiro, pois embora tenham a potencialidade de apresentar-se como fatores eventualmente coincidentes, baixa-renda e cor da pele não constituem fatores determinantes para fins de enquadramento em uma mesma situação fática desfavorável. Em outras palavras, é possível que haja no Brasil hipossuficientes que não sejam negros, assim como é possível haver negros que não se encontrem em situação de necessidade econômica. Por isso, o aspecto teleológico que dá origem a uma determinada medida afirmativa precisa estar bem delineado para direcionar o alcance de uma

⁸³ O caso mais importante e conhecido sobre essa questão é o acórdão do STF proferido na ADI nº 1946-DF, julgada em 2003, em que se examinou a constitucionalidade da incidência do limite dos benefícios previdenciários de R\$ 1.200,00 estabelecido pela EC nº 20, sobre o salário-maternidade. A consequência da aplicação do referido teto sobre o salário-maternidade seria a transferência, para o empregador da gestante, da responsabilidade pelo pagamento da diferença entre o seu salário e o referido limite durante o período da licença-maternidade. Por unanimidade o STF decidiu não incidência do limite estabelecido na emenda em questão, uma vez que o efeito concreto de sua incidência seria o aumento da discriminação contra a mulher no mercado de trabalho. Tendo em vista que a isonomia de gênero goza de status de cláusula pétrea, conforme dispõe o art. 5º, inciso I e 60 parágrafo 4º, inciso IV da CRFB/88, entendeu o STF que a aplicação do limite de benefício em referência não poderia ser aplicado ao salário maternidade, sob pena de inconstitucionalidade. Da ementa do acórdão proferido, extraiu-se o seguinte: “Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$ 1.200,00 por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da CF.88), proibição que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamando o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário não superior a R\$ 1.200,00 para não ter de responder pela diferença.” ADI 1946, Relator: Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2003, DJ 16-05-2003 pp. 00090. Disponível em: <http://www.stfjus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1946%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+1946%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cj9aodk> acesso em 24/05/2015.

⁸⁴ SARMENTO, 2007. p. 200.

política afirmativa, bem como para possibilitar o acompanhamento dos resultados que se pretendia atingir desde sua concepção.

Nesse caso, uma questão importante deve ser levada em consideração na criação de uma política afirmativa voltada à inclusão de negros no funcionalismo público brasileiro: a pluralidade de negros no serviço público, por si só, resolveria o problema do racismo brasileiro? Em outros termos, a lógica da ação afirmativa voltada à inclusão de negros nos cargos públicos é estritamente quantitativa ou passa também por uma análise qualitativa?

A resposta a esse questionamento é de suma importância na definição da modalidade de ação afirmativa a ser adotada, bem como na compreensão dos critérios a serem empregados para a concretização do fim buscado pela medida. Se uma ação afirmativa destinada a integrar negros no serviço público tem por objetivo apenas a criação de um ambiente etnicamente plural, então a aplicação da cota mostra-se potencialidade favorável a tornar o funcionalismo público em um reflexo da sociedade brasileira, visto que aumentaria em números o percentual de afrodescendentes nas fileiras públicas. Mas se o objetivo da ação afirmativa tiver por escopo a reversão de uma questão subjetiva mais profunda, isto é, a desarticulação do preconceito intrínseco à sociedade brasileira e a formação de um corpo profissional público capacitado, então é de suma importância a escolha de uma modalidade que se mostre mais adequada a consecução dessa finalidade.

Desse modo, políticas de ação afirmativa que se destinem a facilitar o acesso de minorias a tais cargos e posições de prestígio devem, necessariamente, ser elaboradas de tal forma que possam alcançar o objetivo de inclusão do negro levando consigo um amplo rol de competências necessárias ao desenvolvimento do cargo pretendido. A raça, compreendida como fator sociológico criado para discriminar, pode e deve ser utilizada para a inserção de tais sujeitos nas fileiras do funcionalismo público.⁸⁵

A cota, entretanto, não garante a aprovação dos candidatos que por ela fazem opção. Na realidade, em cada certame há uma pontuação mínima a qual cada candidato deverá, necessariamente, atingir. Sabe-se, contudo, que nas carreiras de maior prestígio há oferta de vagas, mas poucos são os candidatos que conseguem lograr êxito e garantir a aprovação nos exames de seleção a essas posições. Por isso, a importância de medidas que assegurem a preparação de candidatos em contexto faticamente desfavorável. Faz-se necessário frisar que, quanto mais

⁸⁵ “O uso do termo raça é justificável nas políticas afirmativas (...) por ser o mesmo instrumento de categorização utilizado para a construção de hierarquias morais convencionais não condizentes com o conceito de ser humano dotado de valor intrínseco ou com o princípio de igualdade de respeito (...). Se a raça foi utilizada para construir hierarquias, deverá também ser utilizada para desconstruí-las. Trata-se de um processo de três diferentes fases: i. a construção histórica de hierarquias convencionais que inferiorizam o indivíduo quanto ao status econômico e de reconhecimento pela mera pertença à determinada raça (...); ii. A reestruturação dessas hierarquias com base em políticas afirmativas que considerem a raça, voltando-se agora a consolidação do princípio de dignidade; iii. A descaracterização do critério raça como critério de inferiorização e estabelecimento de políticas universalistas materiais apenas.” Cf. IKAWA, 2008. pp. 105-106.

elaborada for à política positiva, mais forte será a legitimidade de sua adoção e, em consequência, mais efetivo o alcance de sua aplicação.

Desse modo, tendo em vista a vulnerabilidade da autodeclaração, a insuficiência da cota como garantia de aprovação, bem como as competências necessárias ao desenvolvimento do serviço público, na análise das políticas de inclusão direcionadas a este setor, torna-se de grande importância a consideração quanto a adoção de modalidades de ação afirmativa mais flexíveis, como a capacitação prévia para o exercício de determinada carreira ou mesmo a conjugação do critério racial com outros fatores, como ocorre no sistema de pontuação⁸⁶. Considerar as competências de cada candidato a partir de uma análise das experiências profissionais prévias individuais possibilitaria uma melhor seleção dos agentes públicos aproximando o sistema de seleção da realidade necessária para a atuação no exercício de cada função.

Assentados esses aspectos, insta salientar que aplicação de qualquer medida de ação afirmativa importa, necessariamente, no respeito aos limites constitucionais materiais, são eles;

1. A impossibilidade de impor medidas positivas contra a vontade de seus beneficiários;
2. A necessidade de que tais medidas sejam aplicadas por prazo determinado; e
3. Que sejam aplicadas de acordo com o princípio da proporcionalidade⁸⁷.

É comum que os opositores das medidas positivas se utilizem de argumentos que pregam um sentimento de inferioridade ou diminuição por parte dos destinatários da política afirmativa. Esse argumento é, em regra, falacioso visto que a instituição de tratamento favorável a determinado grupo em situação de desigualdade não o torna menor que os outros, pelo contrário, trata de conferir aos beneficiários a chance de concorrer com os demais candidatos em igualdade de condições.

Ainda assim, é possível que na análise individual algum dos sujeitos possivelmente alvo da medida não se sinta confortável com a utilização de uma política de caráter afirmativo. Nesse caso, o sentimento individual deverá ser respeitado em decorrência dos atributos a que se reveste a dignidade humana e, até como forma de resguardar a legitimidade da medida, sua opinião deve ser levada em consideração. Assim, “as políticas de ação

⁸⁶ No sistema de pontuação não há um único critério determinante, mas uma multiplicidade de fatores, cada qual com valor distinto e que, somados, contribuem para o favorecimento do candidato em determinada seleção. Na hipótese que originou a ADPF 186, o Coordenador da Comissão de Vestibulares, Renato Hyuda, explicou como se deu a aplicação da política de pontuação instituída pela universidade de Campinas – UNICAMP. Seguindo ele a distribuição da pontuação seguia os seguintes critérios: 1) Bonificação de pontos: a) +30 pontos na nota final se candidato cursou todo o Ensino Médio na rede pública, b) +10 pontos na nota final se, além do acima, declarou-se preto, pardo ou indígena. 2) Isenção da taxa de inscrição do vestibular (R\$115,00): a) o candidato deve ter cursado toda a Educação Básica na rede pública (Ensinos Fundamental e Médio) e b) deve ter renda familiar mensal de no máximo 5 salários mínimos. 3) Ampliação do programa de apoio estudantil, para garantir a permanência dos candidatos de baixa renda, visando a atender os cerca de 250 novos alunos nessa condição que seriam admitidos pela Unicamp.

⁸⁷ SARMENTO, 2007. pp. 212-213.

afirmativa não podem implicar na imposição autoritária de ajuda forçada para quem não a queira, seja por acreditar que não necessita, seja por sentir-se diminuído pela sua concessão”.⁸⁸

Cabe ressaltar, também, que a política de ação afirmativa deve possuir natureza transitória sendo, portanto, um mecanismo de correção cuja aplicação deve ser mantida apenas enquanto necessária à recuperação de uma situação fática. Conforme já salientado, as desigualdades sociais e econômicas, que assolam a sociedade brasileira, foram construídas ao longo de séculos de dominação e, embora o período de opressão explícita tenha alcançado o seu termo final, os efeitos da discriminação pretérita são sentidos ainda no presente. De tal modo, a utilização de medidas afirmativas justifica-se enquanto não sanadas todas as distorções sociais.

De outro modo, a perpetuação de medidas afirmativas após o alcance dos resultados a que se propõe, inevitavelmente resultaria no privilégio de um grupo sobre outro. Assim, a utilização desse mecanismo de correção social deve conter, além do prazo estabelecido para sua aplicação, mecanismos que possam assegurar o efetivo acompanhamento dos progressos alcançados.

Portanto, uma vez transposto o muro subjetivo e substancial que impede os grupos minoritários de acessar os bens e as posições sociais em igualdade de condições com os demais membros da sociedade, as ações afirmativas terão logrado êxito, não havendo mais necessidade de sua aplicação, pois o objetivo de tornar efetivo o princípio constitucional da igualdade terá sido alcançado.⁸⁹

CONCLUSÃO

A Ação Afirmativa, concebida como gênero, constitui-se em um instrumento legítimo para garantir a redução das desigualdades histórico-sociais. O sistema constitucional brasileiro, ao optar pela adoção de um Estado Social, mostra-se perfeitamente compatível com a adoção de medidas afirmativas, uma vez que atribui função transformadora ao direito para que – por meio de ações concretas – a igualdade material de oportunidades venha a refletir toda a carga valorativa decorrente do princípio fundamental da dignidade humana. Nesse sentido, entende-se que o conceito de raça, uma vez construído para servir de justificativa à opressão, pode e deve ser considerado na aplicação de ações afirmativas. Negar a existência do racismo por meio de políticas positivas pretensamente neutras constitui-se em verdadeira afronta à dignidade das pessoas que vivem no Brasil contemporâneo, a realidade do preconceito e discriminação racial. Entretanto, a cota - sendo apenas uma das

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ “As cotas, porém, são um mecanismo emergencial e paliativo de promover ascensão social e, sobretudo, de propiciar à próxima geração – os filhos dos cotistas – maiores chances de romper o cerco e de ter acesso a bens sociais e valores culturais que fazem a vida ser melhor e maior. Uma “etapa”, como registrou a ministra Carmen Lúcia, ao votar no memorável julgamento da ADPF 186, relatada pelo ministro Ricardo Lewandowski, na qual se validou a política de cotas étnico-raciais.” Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Ações Afirmativas. Cotas e justiça racial: de que lado você está?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-06/luis-roberto-barroso-justica-racial-lado-voce> acesso em 23/10/2014.

modalidades de ação afirmativa - pode não ser o meio mais eficaz para a redução das desigualdades sociais no serviço público. Tendo em vista a insuficiência dessa modalidade para garantir a aprovação do candidato, melhor seria direcionar esforços na preparação qualitativa desses sujeitos, visando a formação de uma identidade de superação da imagem do negro, concebido não mais como sujeito de funções subalternas, mas sim como profissional apto ao exercício de cargos renomados e a tomada de decisões que espelhem um Brasil culturalmente rico e diversificado. Por isso, no caso do serviço público, considerar outros fatores, que não o exclusivamente racial, contribuiria para o fortalecimento e legitimidade da ação afirmativa, bem como para a seleção de candidatos levando-se em conta as experiências pretéritas e maturidade profissional, necessárias para lidar com as questões inerentes a condução da máquina pública. Do mesmo modo, a alternativa pela criação de medidas de capacitação prévia serviria para fornecer uma resposta concreta às demandas por reconhecimento e redistribuição social, consolidando a ideia de justiça em seu aspecto não mais estático e centralizado, mas sim dinâmico e bidimensional. Assim, entende-se que a ação afirmativa destinada ao serviço público será válida na medida em que os meios de aplicação adotados para a sua consecução mostrem-se adequados à finalidade que – por meio da ação corretiva - se pretende alcançar. O que não se deve perder de vista é a noção de que uma ação afirmativa é, e sempre deve ser um meio, isto é, um instrumento de correção e promoção social, cuja finalidade – ainda que dotada de características louváveis ou formalmente constitucionais - não é suficiente para justificar a utilização de qualquer procedimento quando da sua aplicação e interferência na situação fática de uma determinada sociedade.

POSITIVE DISCRIMINATION AND AFFIRMATIVE ACTION: EQUALIZATION AND HISTORICAL REPARATION OF STIGMATIZED MINORITIES BY POSITIVE MEASURES FOR INCLUSION IN THE PUBLIC SERVICE

Abstract

This article deals with the main aspects of the implementation of affirmative actions, aiming to a real equality in Brazil, as well as, scrutinizes the compatibility of the Brazilian constitutional model with these policies. Therefore, it seeks to discuss the inclusion of minority groups in public service, in order to give a concrete response to economic and social inequalities in Brazil.

Keywords: Affirmative Actions. Equality. Justice. Public Service.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo. Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. São Paulo: Unesp, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 25. Ed. São Paulo: 2005.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. 1ª edição. São Paulo. Martins Fontes. 2000.

GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça Depois de Rawls: Um breve Manual de Filosofia Política**. Martins Fontes, 2008.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade: o Direito como Instrumento de Transformação Social. A experiência dos EUA**. Renovar. São Paulo. 2001.

IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativas em Universidades**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea: uma introdução**. Tradução Luís Carlos Borges; revisão da tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 1ª edição. São Paulo. Martins Fontes, 1997.

_____. **Justiça e Democracia**. 1ª edição. Trad. Irene A. Paternot: seleção, apresentação e glossário Catherine Audard. – São Paulo. Martins Fontes, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia. Ação Afirmativa: O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 33 n. 131 jul./set. 1996.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2006.

_____. **A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro**. In: Marcelo Novelino Camargo. (Org.). Leituras Complementares de Constitucional - Direitos Fundamentais. 2ªed.Salvador: Edições JusPodivm, 2007.

WALDRON, Jeremy. **A Essência da Oposição ao Judicial Review**. In: BIGONHA, Antonio; MOREIRA, Luiz (Org.) Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.

Trabalho enviado em 09 de agosto de 2015.

Aceito em 12 de outubro de 2015.